

**MEMORANDO**

PARA: **GIACOMO MARCENARO JIMENEZ.**
Subdirector Técnico de Producción e Intervención.

DE: **LUZ DARY CASTAÑEDA HERNÁNDEZ**
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Respuesta a solicitud número 20211150130143 de fecha 07 de diciembre del año 2021 – Solicitud de concepto, proceso de Licitación Pública 006 de 2021.

Cordial saludo,

La Oficina Asesora Jurídica, procede a emitir concepto jurídico de acuerdo con la competencia establecida en el numeral 2, artículo 3, del Acuerdo 011 del 12 de octubre de 2010 “*Por el cual se establece la estructura organizacional de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*”, advirtiendo que las referidas funciones no facultan a la Oficina Asesora Jurídica para dirimir controversias, ni declarar derechos, dado que esto es competencia de los honorables Jueces de la República. Así las cosas, los conceptos emitidos tienen un carácter meramente orientador y no son vinculantes, por tanto no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución¹.

Una vez revisada la consulta, se procede a dar respuesta a los planteamientos realizados, en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

Mediante Radicado Orfeo N° 20211150130143 de fecha, 07 de diciembre del año 2021, El subdirector Técnico de Producción e Intervención (E), LIBARDO ALFONSO CELIS YARURO, solicitó concepto en los siguientes términos:

“(…) EXPOSICIÓN DEL ASUNTO JURÍDICO

1. En el numeral 4.2. de los pliegos de condiciones tipo versión 3, estableció como factor de calidad, al cual se le asignará el puntaje de factor de calidad como sigue: CONCEPTO

¹ Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.





PUNTAJE (i) implementación del programa de gerencia de proyectos 12 (ii) disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria 5 (iii) presentación de un plan de calidad 2 Total 19 El numeral 4.2.2. sobre el factor de calidad ii **DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA**, señalo que: “La Entidad asignará hasta cinco (5) puntos al proponente que se comprometa mediante la suscripción del Formato 7B - Disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra a utiliza maquinaria con una edad menor a lo establecido a continuación: DESCRIPCIÓN PUNTAJE Maquinaria con una edad menor a veinte (20 años) 1 Maquinaria con una edad menor a quince (15 años) 3 Maquinaria con una edad menor a diez (10 años) 5 Que el día 22 de noviembre de 2021, despues del cierre del proceso LP 006 2021 el oferente **CONSORCIO MEGACONSTRUCCIONES OP**, mediante mensaje CO1.MSG 3198220, solicita a la Entidad de abstenerse de realizar su calificación como el yerro que tienen en los pliegos de condiciones en el numeral 4.2.2.”.

2. OBJETO DE LA CONSULTA.

La Subdirección Técnica de Producción e Intervención solicitó se emita concepto respecto de la posibilidad de dar aplicación a la *ineficacia de pleno derecho*, figura consagrada en la parte final del numeral quinto del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Esto, teniendo en cuenta que en los pliegos tipo del proceso de Licitación LP 006 de 2021, numeral 4.2.2, se adicionó una subdivisión en uno de los criterios del factor técnico de calidad, en consideración a los años de vida útil de la maquinaria de obra presentada por los proponentes, lo que dio lugar a la modificación del formato **FORMATO 7B—DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA** por parte de los oferentes al presentar sus propuestas. Así las cosas, la solicitud de concepto resulta imperioso para la Subdirección, en el sentido de dar las herramientas necesarias al comité técnico evaluador designado para el referido proceso contractual, al momento de realizar la evaluación bajo criterios objetivos.

Para lo anterior, se presentan los siguientes interrogantes:

- 2.1. “¿Cómo sanear la Licitación Publica 006-2021, teniendo en cuenta que fueron modificados los documentos tipos al discriminar el puntaje de un factor de calidad, lo cual no es dable ya que no está contemplado en el documento tipo, en momentos que el proceso de licitación ya fue aperturado, se presentaron ofertas y se requiere publicar el informe de evaluación definitivo, etapa en la que no es posible expedir Adendas?”
- 2.2. “¿Se requiere expedir un acto administrativo que contenga el saneamiento mediante la *ineficacia de pleno derecho*?”
- 2.3. “¿Tiene facultad la entidad para sanear el proceso licitatorio mediante la figura de la *ineficacia de pleno derecho* del aparte del pliego de condiciones tipo modificado?”

3. CONCEPTO FRENTE A LA CONSULTA.





Una vez verificados los antecedentes de la solicitud y previo a resolver de fondo cada una de los interrogantes planteados, es importante determinar en qué etapa contractual se encuentra el proceso objeto de la consulta, su objeto y el estado del mismo.

3.1 ANTECEDENTES DEL PROCESO:

- OBJETO: Contrato para la ejecución de obras hidráulicas y muros gaviones para el proyecto "mejoramiento de vías terciarias en Bogotá", del Sistema General de Regalías - SGR identificado con código BPIN 2018000050020.
- El valor total del presupuesto oficial asignado para el presente proceso de contratación es la suma de VEINTICINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE (\$ 25.587.935.851.00) incluido AIU, IVA y todos los costos directos, indirectos, y gravámenes a que haya lugar, los cuales serán cancelados con recursos de la vigencia 2021.
- El día 05 de octubre de 2021 se publicó en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP II, estudio previo, proyecto de pliego de condiciones, aviso de licitación y aviso de convocatoria del proceso de selección adelantado bajo la modalidad de Licitación Pública y a la cual se le asignó el número LP-006-2021.
- Dentro del término de publicación del proyecto de pliego de condiciones, que corrió traslado a los interesados desde el cinco (05) de octubre de 2021, hasta el veinte (20) de octubre de 2021, para que se presentaran las observaciones a que hubiere lugar
- Una vez resueltas las observaciones allegadas al proyecto de pliego de condiciones, se dio apertura al proceso mediante la Resolución No. 432 del 29 de octubre de 2021, la cual fue debidamente publicada, junto con el pliego definitivo de condiciones, en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP II.
- Una vez recibidas las solicitudes de aclaraciones al pliego definitivo de condiciones, la entidad dio respuesta a las mismas y se procedió a recibir las correspondientes ofertas el día 22 de noviembre de 2021.
- El día 22 de noviembre de 2021 se allegó por parte del proponente CONSORCIO MEGACONSTRUCCIONES OP, observación donde cita:

"En aras de evitar que la entidad tenga un proceso viciado que lleve a una nulidad y revocatoria del mismo, les solicitamos abstenerse de realizar su calificación como el yerro que tienen en los pliegos de condiciones, mas puntualmente en el numeral 4.2.2 DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA, pues la entidad esta realizando una alteración a los documentos tipo reglados por colombia compra eficiente, lo que podria configurarse como una falta grave que haría revocar el proceso de in mediato. Les adjuntamos los pliegos tipo vigentes para la fecha de cierre del proceso, y los pliegos tipo vigentes a la fecha tanto de creación como de apertura del proceso. Y nuevamente le solicitamos a la entidad evitar tener un proceso revocado por la cantidad de reprocesos que ellos implicaría".



En este orden de ideas y, una vez claros los antecedentes y la etapa que se encuentra el proceso contractual objeto de discusión (etapa de evaluación de ofertas), es claro que la entidad no puede modificar los mismos mediante adenda², debido al momento procesal que se encuentra. Igualmente, es importante resaltar que la solicitud hecha por el proponente CONSORCIO MEGACONSTRUCCIONES OP se encuentra por fuera de los términos, tanto para observar el proyecto de pliego de condiciones, como para hacer solicitudes de aclaración a los pliegos definitivos.

Sin embargo, pese a lo anterior, se hace necesario que la entidad atienda la observación en el sentido de determinar el mecanismo más idóneo para dar aplicación al factor de calidad del numeral 4.2.2 del pliego de condiciones: DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA. Esto, teniendo en cuenta que a este proceso le aplican los preceptos del Artículo 2.2.1.2.6.1.1. del Decreto 342 de 2019.

De acuerdo con lo dicho, se procede a dar respuesta a cada uno de los interrogantes remitidos por la Subdirección Técnica de Producción e Intervención:

3.2 ¿Cómo sanear la Licitación Pública 006-2021, teniendo en cuenta que fueron modificados los documentos tipos al discriminar el puntaje de un factor de calidad, lo cual no es dable ya que no está contemplado en el documento tipo, en momentos que el proceso de licitación ya fue aperturado, se presentaron ofertas y se requiere publicar el informe de evaluación definitivo, etapa en la que no es posible expedir Adendas?"

La entidad estatal puede expedir adendas, en un proceso de selección luego de recepcionadas las ofertas, solo para modificar el cronograma procesal, es decir que en los procesos de licitación pública, la norma señala que de ser necesario expedir adendas para modificar o aclarar algún criterio del pliego de condiciones, se puede realizar una anticipación de tres (3) días hábiles a recibir propuestas.³

Ahora bien, teniendo en cuenta que los pliegos de condiciones se entienden como (...) *"el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo(...)"*⁴, estos se constituyen en la manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva e igualdad, ya que en ellos se crea la obligación de una entidad estatal de establecer reglas claras y justas que permitan la selección objetiva del futuro contratista, con arreglo al interés general.

² El Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.2.1

³ Ibidem

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)





En este sentido, los pliegos de condiciones deben permitir a los proponentes presentar propuestas suficientemente competitivas, ya que las reglas contenidas en los pliegos deben ser tan claras, que de llegarse a requerir una interpretación por parte de la entidad contratante, ésta en su potestad discrecional (reglada) de interpretación, lo hace basada en los actos administrativos que dieron vida a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones⁵.

En este sentido el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

(...) En otros términos, en la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones. Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993. De allí que, la posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias. NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074/. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

De igual forma indica:

“Se tiene entonces que procede la interpretación del pliego para definir su aplicación a circunstancias que no se regularon expresamente en él, a cuyo efecto debe definirse la naturaleza de la disposición -sustancial o de trámite - y buscar el sentido “que más se acomode a la justicia y la conveniencia pública” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 1993, exp. 5906, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

De acuerdo con lo dicho, y en aras de resolver el interrogante planteado, es preciso establecer las condiciones claras e inequívocas del pliego de condiciones de la Licitación Pública 006 de 2021, lo cual se logra a través del proceso de interpretación, a fin de determinar si el requisito establecido en el numeral 4.2.2 DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA, se sujetó a lo exigido en los pliegos de condiciones tipo. Es decir que, adelantar una interpretación hermenéutica de los actos administrativos, es un proceso que tiene como propósito aclarar el sentido

⁵ Ibidem



de un documento y resulta el primer instrumento que debe utilizarse para exteriorizar la voluntad de quien lo ha creado (entidad pública).⁶

En este orden de ideas, la entidad puede basar sus aclaraciones frente al pliego de condiciones de manera motivada, dando respuesta a la observación presentada por CONSORCIO MEGACONSTRUCCIONES OP, bajo los preceptos del Consejo de Estado y atendiendo a la posibilidad de interpretación y discrecionalidad que establecen las normas, para así evitar procesos desiertos o con preceptos ineficaces.

*“(…) la facultad de interpretación o hermenéutica, esta última permitida no sólo por la ley –de manera expresa– sino necesaria para llenar los vacíos o lagunas que se presenten en el pliego o, en su defecto, las antinomias que puedan desprenderse del texto, exégesis que estará ceñida a los principios generales del derecho (público y privado), a los de la función administrativa, a la finalidad del pliego, y a la protección del interés general. Como se aprecia, la ley avala la posibilidad de que la administración interprete el pliego de condiciones, con miras a que ciertas formalidades no sacrifiquen la eficiencia y eficacia del proceso de escogencia del contratista; corresponderá, por ende, a la entidad respectiva la valoración de la respectiva disposición para determinar si el requisito inobservado es sustancial o simplemente formal y, por lo tanto, si es posible su subsanación sin afectar los principios de igualdad y de selección objetiva. Así las cosas, los pliegos de condiciones al estar contenidos en un acto jurídico mixto que, en cierto modo, contienen descripciones generales –sin que ello lo convierta en un reglamento– para que se surta el proceso de selección, **es posible que sea viable su hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta –y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación– ora porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas.** NOTA DE RELATORIA: En relación con la facultad de interpretación de los pliegos, consultar sentencia de la Sección Tercera, del 28 de abril de 2005, exo. 12025⁷ (negrilla y subrayado fuera de texto original)*

Es por lo anterior la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en la posibilidad de interpretación del pliego de condiciones al encontrarse algún tipo de contradicción en los mismos, como es el caso del **FORMATO 7B—DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA** y el numeral **4.2.2. FACTOR DE CALIDAD II DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA** del pliego de condiciones, pues la entidad debe buscar la solución que más se ajuste a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que se presente en beneficio del interés general y público.

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C., 29 de agosto de 2012 Radicación número: 25000232600019970380801 01

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)



Todo lo anterior, se refuerza con lo manifestado por el Consejo de Estado de la Sección Tercera. Subsección A, del 16 de septiembre de 2013, Exp. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En dicha providencia, el órgano colegiado se pronunció sobre la fuerza vinculante de las respuestas a las observaciones presentadas por los interesados, así:

*“En armonía con lo anterior, lo expuesto por la **entidad cuando aclara los pliegos de condiciones la vincula**, al igual que el juez debe tener en cuenta tales parámetros interpretativos al momento de fiscalizar la decisión administrativa, porque allí se fija el sentido más claro de lo exigido por la administración y debe estarse más a ello que a otros posibles sentidos, incluso literales del pliego, tal como lo señala el art. 1618 del Código Civil.*

*Esto resulta lógico si se tienen en cuenta las etapas del procedimiento contractual, donde se presentan dos momentos, sin entrar en mayores detalles: i) la entidad publica los pliegos de condiciones, donde fija las reglas del negocio a celebrar, al igual que los criterios para seleccionar el contratista; y ii) luego se presentan -momento posterior- las aclaraciones al pliego de condiciones, que incluso pueden concretarse en modificaciones del negocio inicialmente previsto, mediante la expedición de adendos, pero no solo estos tienen fuerza vinculante, ya que las demás consideraciones también supeditan a la administración, pues allí, de forma reflexiva, **mirando en retrospectiva el pliego de condiciones sobre puntos específicos, logra advertir los malentendidos -incluso errores o incompletitudes, los cuales ameritan más que una simple aclaración la modificación del pliego, mediante adendos-, contenidos oscuros, incoherencias o falta de claridad, que puede advertir motu proprio o por solicitud de aclaración efectuadas por los oferentes, que tienen gran participación en esta actividad, dado su interés en la seguridad jurídica de tener mayor claridad en cuanto a los requisitos y obligaciones fijados por la entidad, y de esta manera no verse sorprendido, en la medida de lo posible, por el comportamiento administrativo.** (Negrilla fuera de texto original)*

Lo anterior, tiene una relación estrecha con las aclaraciones al pliego de condiciones que hace la Entidad, pues aunque en algunos casos no se integren estrictamente a éste o no se realicen, lo que sucede cuando las aclaraciones del pliego de condiciones no terminan en modificaciones mediante adenda, las respuestas o aclaraciones a solicitudes de los observantes **sirven como instrumento para interpretar el pliego y resultan totalmente vinculantes y así lo determinó** el Consejo de Estado:

“Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su



estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

“A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos⁹³, lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.

“Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un “Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla.”

De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.

“Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de “adendo”, la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes. (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

“En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones.” 95

“Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial al que se ha hecho referencia, resulta propio en esta oportunidad advertir que la fuerza vinculante de las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones cobija no sólo a la Administración por ser ella, que en su calidad de configuradora de los pliegos de condiciones y directora del procedimiento contractual, debe cumplir la carga de claridad de las reglas del procedimiento de selección, sino también a los oferentes quienes, a su turno, deben cumplir con varias cargas que les impone el orden legal por el hecho de aspirar a convertirse en colaboradores de la



Administración, camino que deben recorrer con arreglo a las disposiciones que el ordenamiento jurídico contempla sobre la materia y con sujeción a los lineamientos que para ese fin haya previsto válidamente el pliego de condiciones. Dentro de esas cargas precisamente se encuentra la de acatar las aclaraciones que sobre las cláusulas de los pliegos de condiciones haya precisado, de manera oportuna y con la publicidad requerida, la entidad estatal contratante, a riesgo que de no observarlas se obtenga un resultado desfavorable en el procedimiento licitatorio.”⁸

En este orden de ideas, la solicitud del CONSORCIO MEGACONSTRUCCIONES OP se constituye en el instrumento para aclarar el pliego de condiciones (a pesar de su presentación extemporánea) para así garantizar la objetividad en el proceso, lo cual, como se ha dicho, se logra a través de la interpretación de los actos que dieron lugar al proceso de selección y que denotarán en su momento la finalidad que se persigue con el proceso de selección en búsqueda del beneficio del interés general y público.

3.3 “¿Se requiere expedir un acto administrativo que contenga el saneamiento mediante la ineficacia de pleno derecho?”

Frente al interrogante es necesario indicar lo que ha establecido el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera - Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de 2018 RADICACIÓN: 760012331000 200102942 01 sobre la ineficacia de pleno derecho:

“(…) La ineficacia de pleno derecho se presenta en los eventos en que, por razones de distinta índole, la ley dispone que un determinado acto jurídico no produce efectos de ninguna naturaleza, sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en ese sentido, de ahí que la configuración de la ineficacia de pleno derecho supone que esa consecuencia está expresamente señalada en la norma.

La ley 80 de 1993, en el inciso final del ordinal 5º del artículo 24, previó la sanción de ineficacia de pleno derecho respecto de las estipulaciones de los pliegos de condiciones que vulneren las pautas establecidas por el legislador en ese numeral, así:

“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

“(…)

“5. En los pliegos de condiciones:

“a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

⁸ Concepto Colombia Compra Eficiente Concepto 419 de 2021.- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de septiembre de 2013. Exp. 30.571. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En dicha providencia el Consejo de Estado se pronunció sobre la fuerza vinculante de las respuestas a las observaciones presentadas por los interesados.





“b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

“c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

“d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

“e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

“Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

En este sentido, es necesario aclarar que la *ineficacia de pleno derecho* **es una consecuencia** que la ley dispone cuando se ha determinado que un acto jurídico no produce efectos de ninguna naturaleza y que para ello no es necesario que medie una declaración judicial. Ahora, en materia contractual, según la Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 5 inciso final, para determinar si una estipulación del pliego de condiciones es ineficaz de pleno de derecho, se deberá estudiar si dicha estipulación va en contra vía de los literales del mismo artículo, y de encontrar que la misma se encuentra allí enmarcada, no se podrá dar aplicación a dicho precepto.

De otro lado, respecto de la necesidad de expedición de un acto administrativo que contenga el saneamiento mediante la ineficacia de pleno derecho, como se informa en líneas anteriores la ineficacia es entendida como la carencia de efectos de un precepto ya sea por motivos diferentes que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento o inexistencia, o porque al mismo lo preceden defectos, distorsiones, vicios o irregularidades. Es decir, es preciso señalar que al entenderse este precepto como una consecuencia, la entidad no tendría que expedir acto administrativo alguno para que el precepto en sí mismo sea aplicable, pues desde su nacimiento carece de validez.

Bajo estas condiciones, la discriminación del factor de calidad realizada por la entidad en el numeral 4.2.2 del pliego de condiciones y que hace referencia a la **DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA**, **resulta inaplicable**, dado que, como bien lo indica el mismo pliego de condiciones en el numeral 1.17, el pliego tipo es inalterable:



"(...) D. Los Documentos Tipo son inalterables y no se podrán incluir o modificar los Anexos, Formatos y Formularios, ni exigir soportes o requisitos adicionales; salvo cuando se permita en forma expresa, es decir, en los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris."

E. En caso de contradicción entre el contenido establecido en los Documentos Tipo y el incluido por la entidad, proponentes o contratista en los documentos del proceso, primará lo señalado en los Documentos Tipo.

F. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los documentos del proceso, las condiciones habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia y sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. (...)"

Así mismo contiene las reglas de interpretación del pliego definitivo de condiciones de la siguiente manera:

"(...)G. Las palabras definidas en este pliego de condiciones deben entenderse en dicho sentido.

(...)

J. Este pliego se interpretará, además, en lo pertinente, de conformidad con las reglas del código civil definidas en los artículos 1618 a 1624.(...)"

Igualmente, el artículo 3 de la Resolución 240 de 2020, "Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020" aplicable al proceso de selección en mención, establece la inalterabilidad del pliego tipo:

ARTÍCULO 3o. - INALTERABILIDAD, DE LOS DOCUMENTOS TIPO. *Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los documentos del proceso de selección las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas-de ponderación que han sido definidos y señalados en los Documentos Tipo.*

Por último, al respecto el consejo de estado a indicado:

PRIVACIÓN DEL DERECHO DE SER ADJUDICATARIO - Prueba / ACCION DE NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION - Presupuestos de prosperidad / ACTO DE ADJUDICACION - Nulidad. Prueba / MEJOR PROPUESTA - Indemnización. Prueba / SELECCION DEL CONTRATISTA - Principios / ACTO DE ADJUDICACION - Ilegalidad. Pliego de condiciones / PLIEGO DE CONDICIONES - Ilegalidad. Ineficacia de pleno derecho / INEFICACIA DE PLENO DERECHO - Ilegalidad. Pliego de condiciones

La prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación y de la consecuente condena a la indemnización de perjuicios derivada de la privación del derecho a ser adjudicatario, está condicionada a que el demandante demuestre: i) que el acto de



*adjudicación es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista porque no contiene la escogencia de la mejor propuesta y ii) que se demuestre que, mediante el sometimiento estricto a las normas que rigen la escogencia del contratista, se deduce que el actor hizo la mejor propuesta. Se tiene entonces que, como el procedimiento de selección del contratista está sometido, entre otros, a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, las entidades deben someter sus actuaciones a lo dispuesto en la ley y en el correspondiente pliego de condiciones, como quiera que el Estado y los participantes están subordinados en idéntica forma a tales normas. Ahora bien, puede suceder que la ilegalidad del acto de adjudicación se derive de la ilegalidad de alguno de los requisitos previstos en el pliego, a cuyo efecto el juez de la adjudicación bien puede compararlos con el marco constitucional y legal que rige el ejercicio de dicha función administrativa **y abstenerse de aplicarlos a la hora de verificar la evaluación de las propuestas**, cuando los considere abiertamente ilegales. En efecto, la Sala, con apoyo en la ley, ha considerado que los requisitos abiertamente ilícitos del pliego de condiciones, son ineficaces y no deben tenerse en cuenta por el juez administrativo⁹.*

3.4 “¿Tiene facultad la entidad para sanear el proceso licitatorio mediante el figura de la ineficacia de pleno derecho del aparte del pliego de condiciones tipo modificado?”

Como pudo verse en el numeral 3.2. y 3.3 del presente escrito, ni la normativa vigente ni la jurisprudencia del Consejo de Estado, establecen un procedimiento o actuación para que las entidades sometidas al Estatuto de Contratación Estatal saneen procesos mediante la figura de la *ineficacia de pleno derecho*. De igual forma, es importante señalar que en virtud del principio de eficacia, según el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 “(...)las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa(...)”, pero esto no es aplicable para el caso que nos ocupa, ya que en materia contractual el Consejo de Estado ha establecido los parámetros para las entidades públicas en caso de encontrar errores, impresiones o que los mismos se deriven preceptos contrarios o confusos en los pliegos de condiciones.

CONCLUSIÓN.

Esta oficina puede concluir que, de los interrogantes planteados en la solicitud y las respuestas aquí ofrecidas, se derivan dos (2) circunstancias relevantes para la aplicación de los pliegos de condiciones

⁹ Nota de Relatoría: Ver Sentencia proferida el 19 de septiembre de 1994. Expediente 8071; sentencias del 27 de marzo de 1992, expediente 6353, 11 de abril de 2002, expediente 12.294 y 19 de julio de Expediente 12.037; sobre INAPLICACION DEL PLIEGO DE CONDICIONES POR ILEGALIDAD: sentencia 11192 proferida el 23 de abril de 1998; sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12.344, CP: Dr. Daniel Suárez Hernández; sentencia 15.235, del 24 de junio de 2004; Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp. 13.792. Actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cía Ltda. Demandado: INVICALI



del proceso de Licitación Pública 006 de 20201 y la correspondiente evaluación de las propuestas allegadas al mismo:

- a) Que el pliego tipo aplicable para la clase de proceso de selección *fue adicionado con un precepto que es ineficaz de pleno derecho* al no estar contemplado en los pliegos tipo establecidos por Colombia Compra Eficiente.
- b) Que una vez verificado **FORMATO 7B—DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA** y el numeral **4.2.2. FACTOR DE CALIDAD II DISPONIBILIDAD Y CONDICIONES FUNCIONALES DE LA MAQUINARIA DE OBRA** del pliego de condiciones, existe una discrepancia en la manera como los proponentes deben acreditar el requisito de calidad.

En este sentido, la entidad, en cabeza del ordenador del gasto (Subdirector Técnico de Producción e Intervención) y su equipo estructurador, debe dar respuesta a la observación allegada por el CONSORCIO MEGACONSTRUCCIONES OP de manera motivada, adelantando una interpretación hermenéutica de los pliegos de condiciones tipo y los estructurados por la entidad. Así las cosas, se sugiere no aplicar los preceptos ineficaces de pleno derecho, con el propósito de aclarar el sentido de los mismos, pues por medio de este instrumento se exteriorice la voluntad de la entidad.

Teniendo en cuenta que se encuentra agotada la etapa de expedición de adendas, resulta de total relevancia interpretar todas las actuaciones de la entidad en el marco del proceso licitatorio LP-006-2021, dar respuesta a la observación y hacerla extensiva a todos los proponentes, en aras de garantizar los principios de igualdad e interés general.

En estos términos se da respuesta a su solicitud.

Cordialmente,

LUZ DARY CASTAÑEDA HERNÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Proyectó: Tatiana Contreras Martínez / Abogado contratista OAJ

Documento 20211400134603 firmado electrónicamente por:

LUZ DARY CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, JEFE, OFICINA ASESORA JURÍDICA, Fecha firma:

14-12-2021 16:42:13

Revisó: LUZ EIDY TATIANA CONTRERAS MARTINEZ - Contratista - OFICINA ASESORA JURÍDICA

Sede Administrativa: Calle 26 No. 57-41, Torre 8,

Piso 8

Código Postal: 111321

Sede operativa: Calle 22d No. 120 - 40

PBX: (+57) (1) 3779555 - Información:

Línea 195

www.umv.gov.co

GDOC-FM-004



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.



UNIDAD DE
MANTENIMIENTO VIAL



Radicado: **20211400134603**

Fecha: 14-12-2021

Pág. 14 de 14



e3a22fe2e0f31052ebcf5b7d30cd91fc5269b57b33c0a125f6d96ee573ad6e84

Código de Verificación CV: 4029c Comprobar desde: <https://www.umv.gov.co/portal/verificar/>

Sede Administrativa: Calle 26 No. 57-41, Torre 8,
Piso 8
Código Postal: 111321
Sede operativa: Calle 22d No. 120 - 40
PBX: (+57) (1) 3779555 - Información:
Línea 195
www.umv.gov.co

GDOC-FM-004



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.