



MEMORANDO

PARA: **GIACOMO MARCENARO JIMENEZ**
Subdirector técnico de producción e intervención.

DE: **LEONEL PINZÓN REYES**
Jefe Oficina Jurídica (E)

ASUNTO: Respuesta a solicitud No. **20221150069113** del 06 de junio del año 2022.
Solicitud de concepto respecto al proceso de selección **SAMC-002-2022**.

Cordial saludo,

La Oficina Asesora Jurídica procede a emitir concepto jurídico en atención a la competencia asignada 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*". No obstante, es preciso advertir 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 por esta oficina 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° 20221150069113 de fecha 06 de junio del año 2022, el Subdirector Técnico de Producción e Intervención, Ing. Giacomo Marcenaro Jiménez, solicitó concepto sobre el asunto que se relaciona a continuación:

"(...) EXPOSICIÓN DEL ASUNTO JURÍDICO

*En el presente proceso se presentaron dos proponentes (CONSORCIOS) así: 1. **CONSORCIO MALLA VIAL 22 REP. LEGAL: CARLOS ANDRÉS MASS GUERRERO CC.: 52.280.844 de Bogotá D.C CONFORMADA POR: 1. EMPRESA: CAYENA CONSULTORES E INTERVENTORES S.A.S. 50%, NIT. 901.013.669 - 1REP. LEGAL: RODRIGO JOSE PIEDRAHITA AMIN, CC.: 73.205.611 de Cartagena.2. EMPRESA: ROCCIA S.A.S 50%NIT. 900.388.860-8REP. LEGAL: CARLOS ANDRES MASS GUERRERO CC.: 1.082.906.293 de***

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





Santa Marta. 2. CONSORCIO UNION MALLA VIAL REP. LEGAL: MILENA MARGARITA CARVAJAL HERRERACC.: 45.687.008 de Cartagena CONFORMADA POR:1. EMPRESA: INFRAESTRUCTURA TECNICA COLOMBIANA SAS. 50% NIT. 901.039.037 - 1, REP. LEGAL: MILENA MARGARITA CARVAJAL HERRERA CC.: 45.687.008 de Cartagena2. EMPRESA: TURPIAL INGENIERIA SAS. 50% NIT. 901.038.619 - 1, REP. LEGAL: ROBERTO CARLOS CARBALLO MASS CC.: 73.568.902. En la propuesta presentada por el Consorcio UNION MALLA VIAL, se observa que El formato -Compromiso Anticorrupción - presentado por el consorciado INFRAESTRUCTURA TECNICA COLOMBIANA SAS, se observa un error en el encabezado del documento ya que se menciona a CARLOS ANDRES MASS GUERRERO y a la empresa ROCCIA S.A.S, pero que el mismo se encuentra suscrito por MILENA MARGARITA CARVAJAL HERRERA Representante Legal de la empresa INFRAESTRUCTURA TECNICA COLOMBIANA SAS”.

2. OBJETO DE LA CONSULTA.

“Teniendo en cuenta el resultado del informe y las subsanaciones presentadas por ambos consorcios, el comité evaluador inicialmente y por unanimidad consideró que era procedente continuar con el proceso y adjudicar el proceso, y que la entidad paralelamente colocara en conocimiento a la Superintendencia de Industria y Comercio tal situación para que sea este órgano el encargado de investigar tales conductas sospechosas.

Posteriormente en reunión realizada el día 3 de junio de 2022, y luego de la exposición de los hechos y los argumentos jurídicos – contractuales presentados por el evaluador jurídico, estos no fueron acogidos por las Asesoras en materia contractual de la entidad, por lo que finalmente se concluyó que era necesario y en aras de adoptar la mejor decisión, solicitar un concepto jurídico por parte de la Oficina Asesora Jurídica.”

Para lo anterior, se presentan los siguientes interrogantes:

“1. ¿Es posible por parte de la entidad rechazar a los dos proponentes y declarar desierto el presente proceso dando aplicación a la causal: v Cuando se den indicios que indiquen la conducta colusoria o fraude entre los proponentes que altere la transparencia para la selección objetiva?

2. ¿Con los hechos narrados se configura el riesgo numero de 3 de la Matriz de Riesgos?”

3. CONCEPTO FRENTE A LA CONSULTA.

Una vez verificados los antecedentes de la solicitud y previo a resolver de fondo, es importante determinar los diferentes temas que introducen los interrogantes planteados, así:





3.1 COLUSIÓN

El numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones” estableció algunos criterios que afectan la libre competencia y las prácticas comerciales restrictivas, dentro de los cuales se encuentra la *Colusión*:

“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

*(...) 9. Los que tengan **por objeto la colusión** (negrilla fuera de texto) en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas (...)*

Así, entendiendo la contratación estatal como una práctica comercial entre particulares y el Estado, o incluso, entre entidades estatales, le son aplicables todos los criterios y principios de la libre competencia.

De acuerdo con la norma citada, se puede inferir que, la colusión puede afectar la libre competencia, incluso, entre oferentes, ya que impide la posibilidad de acceder de manera justa al proceso de selección para los participantes no coludidos.

De igual manera, la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, en su **Guía práctica para combatir la colusión en licitaciones, se refiere a la Colusión como la más grave lesión a la libre competencia y entiende el contrato como un acuerdo entre dos o más partes, así:**

“El acuerdo como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. De manera tal, que un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permitan colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada.”

En este mismo sentido, el Consejo De Estado definió la *Colusión* como un “*Pacto ilícito en daño de un tercero, de manera que lo que se castiga es el pacto para desfavorecer a un tercero (...)*” (Sala de lo Contencioso Administrativo SECCIÓN PRIMERA, consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá, D.C., del cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00790-01)

Der acuerdo con lo dicho, es preciso indicar que, además, las prácticas colusivas son sancionadas Administrativamente y Penalmente:

- **Administrativamente el competente para realizar las correspondientes investigaciones, según** lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2153 de 1992, es La Superintendencia de Industria y Comercio, en calidad de autoridad administrativa encargada de velar por la protección de las prácticas restrictivas de la libre competencia. Así mismo, lo





afirma el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA, consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá, D.C., del cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00790-01:

“(…) Para la Sala, resulta claro que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de organismo técnico y especializado (artículo 1º del Decreto 2153 de 1992) cumple funciones relacionadas con la protección de la libre competencia, y en consecuencia, al momento de expedir el correspondiente acto administrativo sancionador, debe efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas dentro del procedimiento administrativo sancionador (…)”

- Penalmente, la Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anticorrupción” elevó a categoría de delito las prácticas colusivas, en los siguientes términos:

*“(…) **ARTÍCULO 27. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA.** La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:*

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

***PARÁGRAFO.** El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años(…)”*

De lo anterior, es pertinente aclarar que, en primera instancia, es La Superintendencia de Industria y Comercio quien tiene la obligación de investigar y sancionar todos aquellos actos en materia de protección de las prácticas restrictivas de la libre competencia, en razón a sus deberes y poder sancionatorio dispuesto expresamente por la ley.

De otro lado y como complemento de lo anteriormente expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su **Guía de prácticas para combatir la colusión en licitaciones**, estableció algunas recomendaciones respecto al actuar de las entidades o interesados cuando haya indicios sobre alguna posible práctica colusoria:

“(…)4.6 ¿Qué pasos debo seguir en caso de identificar o sospechar de un acuerdo colusorio entre oferentes en una licitación?

Si usted sospecha que un acuerdo colusorio puede estarse produciendo, hay varios pasos que se deben seguir a fin de descubrirlo y ponerle fin:





- Conozca las normas vinculadas a la colusión entre oferentes en licitaciones.
- No discuta sus sospechas con miembros de las empresas sospechosas.
- Guarde en un lugar seguro todos los documentos relacionados con la licitación, especialmente la correspondencia, sobres y registros de comunicaciones, entre otros.
- Realice un registro detallado de todas aquellas conductas y declaraciones sospechosas.
- **Informe acerca de sus sospechas a la SIC (...)** subrayado fuera de texto.

De otra parte, es importante hacer mención sobre el procedimiento administrativo y herramientas con que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio para dar inicio a la actuación administrativa:

“(...) Cuando recibe una denuncia o inicia una actuación de oficio, la Delegatura para la Protección de la Competencia, de la SIC, verifica si hay indicios suficientes que justifiquen una investigación y si la materia a ser investigada está en el ámbito de su competencia legal. Analizados estos aspectos, el Delegado para la Protección de la Competencia decidirá acerca de su admisibilidad.

Durante el trámite de la averiguación preliminar aún no existen “partes” en la medida en que aún no existe proceso; en esta etapa, la SIC a través de la Delegatura para la Protección de la Competencia, busca recabar los elementos de juicio necesarios para determinar la posible existencia de una infracción al régimen de competencia y la justificación de iniciar una Investigación. Durante su tramitación, la SIC puede realizar requerimientos, solicitar el suministro de datos, informes, libros y papeles del comerciante, interrogar bajo juramento, así como practicar visitas de inspección sin previo aviso a las empresas.

Una vez culminada la averiguación preliminar, la Delegatura para la Protección de la Competencia decidirá si inicia investigación o archiva la averiguación preliminar. La resolución que ordena la apertura de investigación por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia se notifica a los investigados, para que soliciten las pruebas que pretendan 20 Asistencia Técnica al Comercio en Colombia hacer valer y fijen un aviso de amplia circulación informando sobre el inicio de la investigación, con el fin de que los interesados intervengan aportando las consideraciones y pruebas que estimen pertinentes.

Instruida la investigación, el Delegado para la Protección de la Competencia presenta al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción, del cual se correrá traslado a los investigados para que presenten las observaciones que consideren pertinentes. Una vez vencido dicho traslado, el Superintendente adoptará una decisión definitiva, previa convocatoria del Consejo Asesor, cuando sea obligatoria su consulta. Contra dicha resolución procederá el recurso de reposición, el cuál será decidido por el Superintendente. Adicionalmente a estas facultades, la Ley 1340 de 2009 ha creado la figura de la Abogacía de la Competencia, en virtud de la cual la SIC podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia de los mercados (...) (Guía prácticas para combatir la colusión en licitaciones)





En este orden, cuando algún interesado tenga indicios sobre posible colusión, se debe comunicar sobre esta situación a La Superintendencia de Industria y Comercio, dado que, como bien lo ha dicho el Consejo de Estado, es esta la entidad encargada de adelantar los procedimientos sancionatorio a que haya lugar:

(...)“Para la Sala, el hecho de que el contrato suscrito entre el FONADE y el Consorcio Vial Colombiano se haya ejecutado a cabalidad y liquidado en debida forma, no es óbice para que la Superintendencia de Industria y Comercio⁶⁴, como suprema autoridad encargada de ejercer y vigilancia y control sobre acuerdos contrarios a la libre competencia, adelante los procedimientos sancionatorios(...)” CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá, D.C., del cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00790-01

Ahora bien, cuando entidad o interesado, considera que las pruebas recaudadas son contundentes, se debe adelantar el análisis bajo los preceptos establecidos por el Consejo de Estado:

De conformidad con el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, es necesario que (i) se trate de “acuerdos o convenios”, ii) que el objeto de los mismos sea el de “limitación de la producción”, el “abastecimiento”, “distribución” o “consumo” en “materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros” o bien puede tratarse de “prácticas, procedimientos o sistemas” y, (iii) que la finalidad de los mismos sea la de limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos, esto es, que restrinjan la libertad de acceso a los mercados. A su vez, el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 prescribe que son acuerdos contrarios a la libre competencia los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos.

*Para la configuración de la colusión en Colombia, de acuerdo con el mencionado enunciado normativo, es necesaria la concurrencia de los siguientes supuestos que definen la conducta anticompetitiva y contraria a la libre competencia: A) La existencia de un acuerdo entendido como “[...] todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas” (numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992), lo que se traduce en la voluntad o consenso de las partes de llevar una conducta contraria a la libre competencia. De conformidad con lo anterior, se tiene que existen cinco formas de acuerdo previstas por el legislador, a saber: i) el contrato; ii) convenio; iii) concertación; 4) práctica concertada y v) prácticas conscientemente paralelas. La segunda parte de la definición dada por la citada norma indica que requiere una pluralidad de empresas. B) Que el acuerdo tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de los términos de las propuestas. **(Sentencia del cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00790-01)***

Así las cosas, se podrá suspender el proceso hasta tanto no sea probada la colusión por el órgano competente pues, como la misma Superintendencia de Industria y Comercio lo ha indicado, no es fácil determinar una práctica colusiva ya que se requiere de un examen probatorio y de un proceso administrativo regido por los principios de contradicción, defensa y debido proceso:





“Si bien, las anteriores son conductas indicativas de la presencia de un acuerdo colusorio, no son suficientes para determinar su existencia. Probablemente, un patrón constante de conductas sospechosas que se extiendan en el tiempo sería un indicador más eficaz de la existencia de una conducta colusiva”. (Guía prácticas para combatir la colusión en licitaciones)

De otra parte, es importante resaltar que es la Superintendencia de Industria y Comercio el órgano que cuenta con las herramientas necesarias para para determinar prácticas colusivas debido a que:

“(…) De otro lado, en su momento, en la SIC se produjeron cambios relevantes para el combate de las colusiones. Mediante la Resolución 22724 del 18 de abril del 2012, se constituyó el Grupo de Trabajo Interdisciplinario de Colusión en Licitaciones Públicas en la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC.

Este grupo está compuesto por abogados, contadores, economistas y expertos en contratación pública y competencia, quienes se encargan de manejar las quejas, consultas preliminares e investigaciones relacionadas exclusivamente con las prácticas de manipulación de ofertas. Simultáneamente, la SIC implementó una estrategia de mejora en técnicas de investigación, cuyo centro fue la creación del laboratorio de informática forense en el 2014.

Los cambios descritos, aunados a las facultades y las herramientas en materia de investigación y sanción provistas por la Ley 1340 del 2009, han permitido a la autoridad de competencia descubrir y sancionar importantes carteles(…)”.(Germán Enrique Bacca Medina, Ex Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, Ex Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales artículo (<https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/el-combate-la-colusion-en>))

Ahora bien, el pliego definitivo de condiciones del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. SAMC-002-2022, tratándose de conductas colusorias o fraude entre los proponentes, establece la causal de rechazo v).

v) Cuando se den indicios que indiquen la conducta colusoria o fraude entre los proponentes, que altere la transparencia para la selección objetiva.

En este orden y atendiendo al sentido literal sobre lo indicado en el pliego, es necesario determinar si en la situación fáctica se cuenta con indicios sobre una conducta colusoria o fraude entre los proponentes, que altere la transparencia para la selección objetiva. Así, la Jurisprudencia señala que los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos, que no son percibidos directamente por el juez como si ocurre con la inspección del juez². En este sentido, el Consejo de Estado explica:

“[e]n la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con

² Sentencia SU035/18.





*apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso*³.

Así mismo, la Jurisprudencia establece que los indicios se componen de los siguientes elementos:

“(i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso, (ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento, (iii) una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar, (iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental”⁴”

En definitiva, y de acuerdo con los hechos objeto de cuestionamiento, la controversia se suscita en el diligenciamiento del formato (GCONFM-025) “Compromiso Anticorrupción”, donde uno de los oferentes relaciona en el encabezado el nombre de otro oferente. Por lo que el problema jurídico, consiste en determinar si esto es un indicio sobre una conducta colusoria entre los oferentes y si ello altera la selección objetiva.

Sin embargo, el proceso contractual fue diseñado por lotes y para evaluar éstos, se establecieron Reglas para los procesos estructurados por lotes o grupos (Capítulo 1.19), entre los que se observa: **“A. El proponente podrá presentar oferta para uno o para los tres grupos; pero solo es posible resultar adjudicatario de un solo grupo (Grupo 1 o Grupo 2), para el (Grupo 3) no aplica esta regla”**.

3.2 RECHAZO DE PROPUESTAS.

El rechazo de propuestas tiene soporte normativo en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, donde se establece que:

“Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.”

Así como también, se soporta con relación a lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, donde se indica que:

“(…) La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos (…)”

En este mismo sentido, el Consejo de Estado ha establecido:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, Exp. 27913.

⁴ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencias de 3 de octubre de 2007, Exp. 19286; 23 de mayo de 2008, Exp. 15237; 10 de marzo de 2011, Exp. 18722; 22 de junio de 2011, Exp. 18592; 22 de noviembre de 2012, Exp. 26657; 6 de diciembre de 2013, Exp. 30814; 10 de septiembre de 2014; Exp. 29186; 5 de marzo de 2015, Exp. 32955; 2 de mayo de 2016, Exp. 37755; 29 de agosto de 2016, Exp. 37185; entre muchas otras.





“(…) En esos mismos términos ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Subsección, al manifestar que para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe actuar de conformidad con reglas concebidas para que las causales que determinen esa consecuencia se hallen previamente establecidas en la ley o la desarrollen²⁸.

De ahí que la incorporación de una causal de rechazo que justifique la exclusión de alguna propuesta del procedimiento de selección debe encontrar apoyo normativo que la dote de sustento jurídico, al tiempo que debe referirse a la ausencia de requisitos o documentos necesarios para la comparación objetiva de las propuestas y, a la luz de la Ley 1150 de 2007, debe aludir a aspectos que afecten la asignación de puntaje.

Se precisa igualmente que, además de aquellas causales de rechazo que con apego a estos dictados inserte la entidad pública en el texto precontractual, también se entenderán agregadas las que se desprendan directamente de la normativa constitucional y legal, en cuanto resulten aplicables al procedimiento de selección que corresponda, al margen de que no se hubieren vertido expresamente en el catálogo negocial.

Con base en lo expuesto, la Sala estima que una causal dirigida a sancionar con el rechazo a una propuesta que suministre información que no concuerde con la realidad resultará válida en la medida en que comporta un desarrollo del principio constitucional de buena fe que impone a las partes el deber de actuar con rectitud, lealtad y honestidad en su gestión negocial.

También entraña una expresión del principio de selección objetiva, puesto que solo será posible la escogencia de la oferta más favorable a partir de la verificación de datos verdaderos, confiables y fidedignos que reflejen la real sujeción de la propuesta al interés que se pretende satisfacer con la celebración del contrato que se aspira a adjudicar.

No obstante lo anterior, en caso de que la información reportada que, en principio, no concuerda con la realidad recaiga sobre un aspecto que no otorga puntaje, la Sala considera que, en atención al mandato impuesto en el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, aquella no podrá aplicarse de plano sin brindar un espacio a los oferentes para que rindan las aclaraciones del caso, evento en el cual la entidad, una vez escuchados, decidirá si las explicaciones se ajustan al catálogo constitucional, legal y reglamentario que sirve de base para el procedimiento de selección⁵.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00332-01(64932)





Así las cosas, la citada sentencia ofrece claridad frente al trato que se debe dar a este tipo de causales, en aras de determinar si estas se ajustan a las normas constitucionales, legales y reglamentarias, pues de los preceptos normativos y jurisprudenciales se puede determinar que existen requisitos básicos para aplicar las reglas de rechazo.

En este sentido y para el caso, es preciso indicar que el documento objeto de posible causal de rechazo, no comporta puntaje alguno, sino que hace parte de los documentos habilitantes, razón por la cual la entidad deberá examinar si las explicaciones dadas por los oferentes, frente a las anomalías encontradas por el comité evaluador, se ajustan a la norma y de allí se puede dar una escogencia objetiva.

Por último, es importante mencionar que, el Consejo de Estado ha resaltado que las entidades estatales contratantes no cuentan con competencia para consagrar en los pliegos de condiciones causales de rechazo, en cuanto tales causales determinen la configuración de circunstancias diferentes a las previstas expresamente por el legislador. En este sentido, se constituye un límite claro e indiscutible al ejercicio de las facultades de las respectivas autoridades administrativas y se resalta la necesidad de que, en relación con las propuestas recibidas, se actúe de la siguiente manera:

“(...) Así pues, a los eventos que de manera expresa las normas legales transcritas sancionan con el rechazo o la exclusión de una determinada propuesta, también deben añadirse aquellas situaciones tácticas en las cuales la conducta comprobada de un determinado proponente o el contenido mismo de su oferta resulten abiertamente contrarios a Principios o disposiciones constitucionales o legales imperativas que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: (...).

En cualquier caso resulta evidente que todas las actuaciones que los particulares desarrollen ante las entidades estatales contratantes deben estar presididas por la buena fe y en especial es claro que deben ajustarse a esos postulados las ofertas que presenten ante las entidades estatales, cuyo examen comparativo deberá adelantarse a la luz de las normas vigentes y con sujeción al pliego de condiciones, para determinar si hay lugar a seleccionar una de ellas con el fin de proseguir con la celebración y ejecución del contrato estatal correspondiente.

En este punto resulta pertinente reiterar que a través de su oferta, cada interesado en contratar con las entidades estatales, en cuanto considere que reúne los requisitos y las condiciones exigidas para cada caso, por lo general atiende la convocatoria o la invitación que formulan dichas entidades para participar en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual, propósito para cuyo efecto a cada uno de tales interesados le





corresponde estudiar previamente el sentido, alcance y características del contrato que se pretende celebrar, así como debe estructurar su propuesta con arreglo a las formalidades y exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber:

- a).- subjetivos, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad;*
- b).- objetivos, concernientes al contenido de la oferta^ sus características y alcance, y*
- c).- formales, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.*

En consecuencia, para la Sala sería inadmisibles sostener que la entidad estatal contratante tuviere el deber de adjudicar el procedimiento administrativo de selección a una determinada oferta a sabiendas de que, aunque en apariencia tendría las mejores condiciones, en realidad sería, por su contenido, total o parcialmente, una propuesta mentirosa, fraudulenta, engañosa o proveniente de un proponente que pretende sacar provecho o ventaja, frente a la entidad contratante y/o ante sus competidores, de la manipulación de información errónea, inexacta o falaz, tal como no resultaría válida, de ninguna manera, la adjudicación que se quisiera hacer recaer en un oferente que se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad, por lo cual resulta plausible que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir esa clase de ofertas, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones, decisión que, de todos modos, la entidad estatal contratante está en el deber de motivar de manera clara, precisa, completa y detallada⁶.

De lo anterior, se puede concluir que la entidad estatal podrá rechazar una propuesta, siempre que se hayan agotado todos los requisitos que le otorga la ley, para así determinar que la propuesta presentada se encuentra en el ámbito del contenido engañoso o, para el caso que nos ocupa, ventajoso, frente a otros proponentes. Esto, *siempre que la decisión se encuentre motivada de manera clara, precisa y completa.*

3.3 COMITÉ EVALUADOR

De acuerdo con la información allegada por el solicitante, se pudo observar que:

“Teniendo en cuenta el resultado del informe y las subsanaciones presentadas por ambos consorcios, el comité evaluador inicialmente y por unanimidad consideró que era procedente continuar con el proceso y adjudicar el proceso, y que la entidad paralelamente colocara en conocimiento a la Superintendencia de Industria y Comercio tal situación para que sea este órgano el encargado de investigar tales conductas sospechosas.

Posteriormente en reunión realizada el día 3 de junio de 2022, y luego de la exposición de los hechos y los argumentos jurídicos – contractuales presentados por el evaluador jurídico, estos no fueron acogidos por las Asesoras en materia contractual de la entidad, por lo que

⁶ ibidem





finalmente se concluyó que era necesario y en aras de adoptar la mejor decisión, solicitar un concepto jurídico por parte de la Oficina Asesora Jurídica”.

En este sentido, resulta de alta relevancia informar y determinar las responsabilidades del comité evaluador, así:

El artículo 2.2.1.1.2.2.3. del Decreto 1082 de 2015 establece:

“La entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto, para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos.”

El Comité Evaluador, respecto a la expedición del informe de evaluación, tiene la función tan solo de recomendar, pero no decide, ni adjudica, ya que estas facultades son reservadas para el ordenador del gasto. En tal sentido, y como lo ha señalado en forma reiterada el Consejo de Estado, el informe de evaluación es un acto de trámite, preparatorio y no definitivo, puesto que no contiene una decisión de fondo, ya que, como se ha dicho, esta función le corresponde únicamente al ordenador del gasto, razón por la cual no lo vincula. (CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN c **CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA** Bogotá D.C primero (1) de abril del dos mil dieciséis (2016).

Así las cosas, dentro de las recomendaciones que realiza el comité evaluador, se pueden desplegar una serie de acciones, tales como:

- a. Solicitar aclaraciones o explicaciones que consideren pertinentes.
- b. Subsanar requisitos que no otorguen puntajes.
- c. Rechazar propuestas que no cumplen la acreditación de requisitos y no sean susceptibles de subsanación.
- d. No habilitar propuestas hasta que no se demuestre el cabal cumplimiento de los requisitos habilitantes o habilitar aquellas que sí cumplen con tales requisitos habilitantes.
- e. Asignar puntajes para establecer el orden de elegibilidad.
- f. Recomendar la adjudicación del proceso de contratación a un proponente.
- g. Entre otras.

Por lo anterior, Colombia Compra Eficiente ha determinado lo siguiente:

“Sin embargo, debe enfatizarse que el carácter asesor del comité no exime a sus miembros de las responsabilidades que correspondan, sino que, por el contrario, estos entrarán a responder por las recomendaciones erradas o incorrectamente fundamentadas que emitan, como dispone el citado artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015. Finalmente, el carácter asesor y la calidad de servidores públicos o contratistas del Estado que pueden ostentar sus miembros no evita que unos y otros deban cumplir con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflictos de interés previsto en la Constitución Política y las normas legales, como bien lo determina el inciso segundo del artículo 2.2.1.1.2.2.3. del Decreto 1082 de 2015” (Concepto C-522 de 2021 01/10/2021).





En este orden, respecto del caso que nos cupa, es preciso señalar que, de acuerdo con la información allegada por el solicitante, se puede observar que el comité evaluador, luego de desplegar las acciones que consideró necesarias para llegar a la recomendación requerida, consideró que las explicaciones del Oferente el Consorcio UNION MALLA VIAL son suficientes para subsanar el “**error**” que se observa en el formato “Compromiso Anticorrupción” presentado por el consorciado INFRAESTRUCTURA TECNICA COLOMBIANA SAS, tal como se indica en la exposición del asunto jurídico.

Es en este orden de ideas, si la entidad considera que las recomendaciones hechas por el comité evaluador no son lo suficientemente válidas o no se encuentran ajustadas a las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones y normas aplicables, resulta pertinente que el Ordenador del gasto se aparte de esta recomendación y resuelva en sentido diferente, siempre que esta decisión se encuentre debidamente motivada, tal y como lo ha manifestado el Consejo de Estado. Esto, en atención al carácter no vinculante o no obligatorio de la recomendación emitida por el comité evaluador.

Por último, es de resaltar que en la solicitud de concepto hoy tema de interés, se indica que las propuestas de los proponentes **1. CONSORCIO MALLA VIAL 22** y **2. CONSORCIO UNION MALLA VIAL REP**, fueron evaluadas, por lo que se expidió el correspondiente informe preliminar, donde se establece que las propuestas se encontraban **no hábiles**, debido a la posible configuración del riesgo 3. En este sentido, es importante aclarar que, si las propuestas se encontraban no habilitadas, los proponentes tenían la posibilidad de subsanar sus errores, pues en dicho informe no se rechazó de plano ninguna de estas ofertas. Así las cosas, teniendo en cuenta que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta, es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, de manera que los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse por la entidad.

En este sentido, Colombia Compra Eficiente emitió el Concepto **CU– 060 de 2020**, donde determinó lo siguiente:

*“(…)Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, **pero nada impide** (subrayado fuera de texto), y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación y que los oferentes los aporten, incluso, previamente antes del traslado del informe de evaluación, sin perjuicio de que, en todo caso, lo puedan hacer hasta el momento en que termine el traslado del informe de evaluación(…). **(…) Subsanan antes del informe de evaluación ofrece mayor seguridad y certeza al proceso de selección, a la Administración y a los oferentes(…)**” (subrayado y negrilla fuera de texto)*

3.4 RIESGOS

El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales contratantes tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación (tipificación), estimación y asignación de riesgos. Esta norma tuvo el propósito de ofrecer claridad a los proponentes sobre las condiciones





bajo las cuales presentan sus ofertas, sin que puedan ser alegados desequilibrios derivados de dichos riesgos.

En consecuencia, las Entidades Estatales contratantes son quienes se encuentran en el deber de identificar y asignar todos los riesgos posibles que se puedan ejecutar y configurar en las etapas precontractual, contractual y poscontractual, en desarrollo de los diferentes procesos de selección. Es decir que, en un principio, el riesgo se encuentra en cabeza de la administración, según el conocimiento y experiencia en temas relacionados. Sin embargo, durante el proceso de selección, éstos deben ser discutidos y asignados en conjunto con los oferentes.

Es decir que, para el caso que nos ocupa, la asignación del riesgo “Confabulación de los proponentes (Colusión)”⁷, fue discutida y aprobada, tanto por posibles oferentes, como por los proponentes definitivos, respecto de su tratamiento, probabilidad y asignación.

Una vez analizado el riesgo, se pueden identificar las siguientes características:

- a. Consecuencia: “Adjudicación viciada por error. Investigaciones disciplinarias y fiscales”.
- b. Tratamiento: “Cuando se den indicios que impliquen la conducta colusoria, rechazar del proceso de selección la oferta de los proponentes implicados y dar parte a las autoridades pertinentes”
- c. Persona responsable por implementar el tratamiento: “Comité Evaluador
- d. Fecha estimada en que se inicia el tratamiento: “Permanentemente, en etapa de evaluación de las ofertas presentadas y hasta antes de la adjudicación”.

Así las cosas, de las características del riesgo en cita, se observa que desde su tipificación esta determinado como el riesgo de colusión, pero como se explicó en el numeral 3.1, ésta solamente puede ser configurada, determinada y probada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en calidad de suprema autoridad encargada de ejercer vigilancia y control sobre acuerdos contrarios a la libre competencia. Es decir que, para determinar que la Colusión es un riesgo en el proceso de contratación, se debe contemplar un tratamiento equivalente y armonizado con la normativa aplicable.

En este sentido el Consejo de Estado a establecido:

“durante la etapa precontractual debe diseñarse la respectiva matriz de riesgos que habrá de regir la vida del contrato y, en mérito de ello, le asiste a la entidad el deber de elaborar con precisión la identificación, tipificación y asignación de riesgos, deber que en todo corresponde ejercerse con estricta sujeción a los principios y reglas que le sirven de apoyo”⁸

CONCLUSIONES.

⁷ Matriz de riesgos – riesgo 3 proceso de selección **SAMC-002-2022**

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., (2016) Radicación número: (52161)





1. Frente al interrogante "1. ¿Es posible por parte de la entidad rechazar a los dos proponentes y declarar desierto el presente proceso dando aplicación a la causal: v Cuando se den indicios que indiquen la conducta colusoria o fraude entre los proponentes que altere la transparencia para la selección objetiva?"

Según la causal de rechazo invocada en la solicitud, se requiere la existencia de indicios que puedan demostrar una conducta colusoria o fraude entre los proponentes que altere la transparencia para la selección objetiva.

En este sentido, se requiere que exista una actuación mancomunada entre oferentes para el cumplimiento de objetivos comunes. Es decir, un acuerdo, práctica concertada, convenio o contrato, que tenga como objeto la colusión en la selección abreviada. Igualmente, de acuerdo con la SIC, se requiere que estas actuaciones representen un patrón constante de conductas sospechosas que se extiende en el tiempo y que afectan la libre competencia.

De acuerdo con lo dicho y, de conformidad con la información allegada en la solicitud, existe un (1) solo hecho o indicio de presunta colusión, el cual solo guarda relación con uno de los oferentes, por lo que se desvirtúa la posibilidad de un acuerdo o práctica concertada entre ellos. Sucesivamente, no se presentan más hechos o indicios que permitan inferir que se pretendía alterar la transparencia en la selección objetiva o en la libre competencia; más aún, si se tiene en cuenta que los dos proponentes se encuentran en posibilidad de subsanar y de habilitarse en igualdad de condiciones, indistintamente del hecho o indicio reprochado. Así las cosas, los dos oferentes tendrían la posibilidad de participar de la adjudicación de los distintos lotes, según lo recomendó el comité evaluador y lo establece el pliego definitivo de condiciones.

Igualmente, habiéndose recibido las explicaciones por parte de los oferentes, sin que los hechos o indicios tengan la fuerza probatoria para configurar colusión o fraude, sería violatorio de la selección objetiva el rechazo de las ofertas, aplicando la causal v).

2. Frente al interrogante: "2. ¿Con los hechos narrados se configura el riesgo número de 3 de la Matriz de Riesgos?"

Frente a la configuración del riesgo, es importante resaltar que al momento de identificarlo o tipificarlo, se debe demostrar una relación de identidad entre las actividades del proceso, según la etapa en que se encuentre, o el contrato, y los daños que se pueden producir por la exposición a dichas actividades. Entonces, si el riesgo es una actividad que solo es verificable o dable por un tercero, este riesgo debe estar estructurado de manera que la entidad tenga la posibilidad de hacer un tratamiento o control efectivo, conforme al reglamento y normativa establecida para dicha actividad. Esto, teniendo en cuenta que el riesgo es una actividad temporal que puede surgir como se indicó, en cualquier etapa procesal.

Sin embargo, la colusión en estricto sentido, solo se determina bajo la aplicación de unos supuestos atribuibles al órgano competente, es decir que, para poder configurar el riesgo de colusión, el mismo debió ser estructurado, bajo la experiencia de la entidad y si este se presenta en la etapa de evaluación, el tratamiento debería estar enfocado en determinar acciones que muevan el aparato investigativo y a la vez protejan la objetividad de la selección, del futuro contratista.



Es por lo anterior que, según el interrogante, el riesgo solo se podrá configurar si su identificación esta dado bajo las bases normativas que lo operan.

Cordialmente,

Documento 20221400072143 firmado electrónicamente por:		
LEONEL PINZÓN REYES	Jefe Oficina Asesora Jurídica (E) OFICINA ASESORA JURÍDICA leonel.pinzon@umv.gov.co	Fecha firma: 14-06-2022 15:53:29
Revisado por:	LUZ EIDY TATIANA CONTRERAS MARTINEZ Contratista OFICINA ASESORA JURÍDICA luz.contreras@umv.gov.co	
 eea781d433fa59d13217c218ed34c3948e1e27b73954d0629f5faf1cfc40668c Código de Verificación CV: 829c5 Comprobar desde: https://www.umv.gov.co/portal/verificar/		

