

Bogotá, noviembre 19 de 2018

Señores
CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO
Atlántico

CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL ATLANTICO CRA

Radicación: R-0010847-2018
Fecha: 19/11/2018 16:44:38
Remitente: CONSORCIO PTAR PIOJO 2018
Anexos: 0 FL

65

Ref.: Licitación Pública No. 004 de 2018

Asunto: Recurso de reposición frente a declaratoria de desierta de proceso de referencia – resolución N° 0000845

Estimados señores:

Por medio de la presente me permito impetrar recurso de reposición frente a la aludida resolución en virtud de múltiples errores en el marco de la actuación y expediente administrativo.

I. INDEBIDA VALORACIÓN DE ELEMENTOS DE SUBSANACIÓN DEL PROPONENTE CONSORCIO PTAR PIOJO 2018

Sea lo primero partir del análisis del acto administrativo por medio del cual se rechazó la propuesta y se declaró inhábil el consorcio PTAR PIJO 2018, y más específicamente cuando se habla de los profesionales propuestos y los requisitos de cumplimiento de los mismos.

En este sentido nótese que en el marco de la subsanación, se deben tener en cuenta dos aspectos a saber:

Primero: personal que puntúa, es decir al director de obra y al ingeniero especialista hidráulico, y por otra parte como **segundo:** personal que no puntúa, es decir que solo se convierten en un requisito que no genera comparatividad de ofertas como lo son el residente de obra y el ingeniero sanitario.

En este sentido, analizaremos uno a uno el personal presentado puntuable y no puntuable:

I.1 PERSONAL PUNTUABLE:

I.1.1 DIRECTOR DE OBRA:

Es evidente que en el marco de la subsanación se aportó certificación del profesional en la cual se puede verificar su tiempo de permanencia y de la entidad contratante en donde se puede verificar el valor ejecutado del contrato certificado, es decir, no se cambió al

profesional, si no que por el contrario se aportó una certificación que acreditaba los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

En el marco de la evaluación N° 2, en dicho ítem, la C.R.A. expresó textualmente “ *la entidad no permite el cambio de profesionales del equipo de trabajo presentados inicialmente con la propuesta fundamentado en el concepto de Colombia compra eficiente N° 4201713000005693 de 5 de junio de 2018*” sin embargo es menester resaltarles, que dicho concepto no aplicaría para este profesional en concreto toda vez que **NO SE CAMBIÓ** , únicamente se aportaron certificaciones que acreditaban la experiencia solicitada.

Es tan fehaciente lo precitado que en el cuadro de análisis establecen Director de obra: IAN CARLOS ORTIZ RICO y el cuadro de análisis establecen que “*por oficio radicado CRA N° 009924 de 23 de octubre de 2018 se aportó certificado de contrato como director de obra del señor IAN CARLOS ORTIZ RICO*” es decir se esta tomando la subsanación como si el profesional fuese otro, cuando esto adolece de sustento alguno, y falsea la verdad.

I.I.2. INGENIERO ESPECIALISTA HIDRAULICO:

Sobre este tema en concreto, vale la pena resaltar que se le dio el mismo tratamiento que al director de obra, es decir, que los documentos que se aportaron como subsanación de experiencia no fueron tenidos en cuenta, manteniéndose la certificación anterior, y además partiendo del hecho que el profesional se había cambiado, situación que es ajena a la realidad ya que el profesional inicialmente propuesta **NO SE CAMBIO**, solo se subsano la propuesta incluyendo otra certificación.

Para corroborar lo dicho solo falta analizar el ítem donde se expresa: ingeniero especialista hidráulico: OCTAVIO REY ARRIETA VELEZ, y el cuadro de análisis establecen que “*por oficio radicado CRA N° 009924 de 23 de octubre de 2018 se aportó documentación para proponer al señor OCTAVIO REY ARRIETA VELEZ como especialista hidráulico.*”

I.2 PERSONAL QUE NO PUNTUA NI AFECTA PROPUESTA:

En este orden de ideas en el marco de la subsanación, presentamos dos nuevos profesionales a saber; ingeniero ambiental, y residente de obra, sin embargo es menester manifestar que dichos profesionales no son calificables, es decir no generan puntuación alguna que permita cambiar o mejorar la oferta, únicamente son requisitos de habilitación.

Así las cosas, entremos a estudiar que se entiende como el principio de subsanabilidad, este abarca transparencia, legalidad, igualdad de oportunidades, economía, eficiencia y eficacia contractual, por ello se creó este principio pero con el nombre de

insubsanabilidad, pues la Ley 80 de 1993 no lo contemplaba claramente, a pesar de esto mediante decretos reglamentarios se ha regulado el tema con dos criterios normativos que fueron eliminados debido a constantes contradicciones.

Actualmente **en virtud de la Ley 1150 de 2007 son subsanables todos aquellos requisitos o documentos, no necesarios para la comparación de las propuestas, es decir, los que no asignan puntaje**. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1º del artículo 5o. de la Ley 1150 de 2007, lo siguiente:

(...)PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> 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 consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.(...)

En este mismo sentido, el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, indica: “Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones.(...)”

Igualmente, el numeral 7º ibídem consagra: “De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.”

Bajo las previsiones contenidas en el numeral 6º y 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y acogiendo lo señalado en los pronunciamientos del Consejo de Estado, indicados en los documentos y estudios previos, la Entidad, durante el término de evaluación de las propuestas, solicitará a los proponentes, en caso de ser necesario, las aclaraciones, precisiones y/o allegar documentos que puedan ser objeto de subsanabilidad.

A parte de lo ya mencionado en el punto anterior, respecto de la subsanabilidad, es necesario traer a colación lo manifestado por el Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección "A", Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, en sentencia del 12 de noviembre del 2014:

"Ahora bien, en virtud del principio de economía, el artículo 25 (numeral 15) de la Ley 80 de 1993 previó que las autoridades no pueden exigir "... sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo que en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales" y añadió que "La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"(subraya fuera del texto). Esta última parte de la norma fue adicionada por el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para señalar que "... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación..." , salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

De conformidad a lo manifestado por el honorable Consejo De Estado, en los procesos de licitación, selección y demás procesos, en lo que respecta a la subsanabilidad de documentos, se han surtido con estricto apego a lo regulado en el pliego de condiciones y a la normatividad vigente, que rige todos los procesos contractuales; de igual manera, es de anotar, que la entidad requirió a todos los proponentes los documentos necesarios para la comparación de la oferta, es decir, aquellos documentos subsanables, para que éste dentro de un término razonable, prudente y perentorio, aportara lo solicitado por la entidad, en las condiciones exigidas por esta en el pliego de condiciones, documentos que fueron aportados por el Proponente conforme a lo solicitado por la Entidad. Y como puede observarse el proponente PTAR PIOJO 2018 al aportar los documentos en ningún momento esta mejorando la propuesta, ya que los documentos aportados no son sujetos a puntuación. Mas aun, cuando esta verificación de soportes del equipo de trabajo no dan puntaje, pues finalmente esta podría ser objeto de constatación por parte del supervisor o interventor del contrato.

Dadas las consideraciones anteriores, la entidad puede solicitar aclarar todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, tales como, fichas técnicas, hojas de vida del equipo de trabajo y demás documentos permitidos por la ley y las normas que lo regulan.

1.2.1 SOBRE EL CONCEPTO DE COLOMBIA COMPRA Y LA SUBSANABILIDAD DEL EQUIPO DE TRABAJO:

Respecto del concepto de Colombia Compra N° 4201713000005693 de 5 de junio de 2018 citado por la CRA para sustentar el rechazo del personal nuevo propuesto que no

puntuía, es decir sobre el residente de obra y el ingeniero ambiental, debemos manifestar que el Decreto – Ley 4170 de 2011 establece dentro de las funciones de Colombia Compra Eficiente: *desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales.* (Numeral 9 del artículo 3 del Decreto – Ley 4170 de 2011). Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 señala que Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o, sea solicitado por los partícipes de la contratación pública. (Artículo 2.2.1.2.5.2., del Decreto 1082 de 2015).

De acuerdo con lo anterior, son obligatorios los lineamientos, manuales y guías, siempre que se adopten mediante Circular o cualquier otro acto administrativo vinculante para todas las Entidades Estatales. De no expedirse por acto administrativo alguno, dichos documentos son solo referentes y guías tanto para las Entidades Estatales como para los particulares. En ese sentido, los Manuales y Guías definidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.5.2., del Decreto 1082 de 2015 son de obligatorio cumplimiento y se encuentran publicados en su totalidad en la página de Colombia Compra Eficiente. Como regla general, los documentos tipo son de carácter informativo con el fin de guiar a las Entidades Estatales en la elaboración de los mismos, toda vez que, al ser elaborados por un grupo interdisciplinario calificado son muy completos y, por esta razón, se sugiere su utilización a todas las Entidades Estatales.

Así las cosas, los manuales, guías y documentos tipo son la manifestación de la función de Colombia Compra Eficiente de desarrollar e implementar estándares para las distintas etapas del Proceso de Contratación y son lineamientos generales que recogen las prácticas en los temas que desarrollan. Si el manual o guía fue adoptado por Colombia Compra Eficiente mediante Circular Externa y está a su vez fue divulgada, es de obligatorio cumplimiento para todas las Entidades Estatales que deban aplicar las disposiciones del Sistema de Compra Pública en su actividad contractual.

En este sentido, las Circulares Externas son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas al público en general o a las Entidades, y son de obligatorio cumplimiento siempre que hayan sido publicadas y/o divulgadas.

Dadas las consideraciones anteriores, **el concepto de Colombia compra eficiente acerca del equipo de trabajo aportado por el observante no tiene fuerza vinculante,** mal haría la Entidad en aceptar su observación contrariando en todo caso las normas y jurisprudencia que regulan la materia, y anteponiendo un simple concepto sobre las disposiciones legales y reglamentarias ya soportadas anteriormente.

Así las cosas, aceptar de plano lo que pretende la CRA y los simplistas motivos de rechazo del personal nuevo propuesto que cumple a cabalidad con el pliego, vulneraría el

principio de igualdad, que rige todos los procesos de selección, el cual establece que, la entidad, debe dar el mismo tratamiento a todos los oferentes, en igualdad de condiciones y con reglas claras, que sean aplicadas uniformemente, pues para el caso que nos ocupa, todos los proponentes, gozamos del mismo trato para subsanar los documentos que por ley se establece, por lo que la CRA debe habilitar al proponente respecto del personal propuesto tanto el que puntúa en virtud de la entrega de documentos que subsanan la experiencia, y por otra parte los profesionales que no puntúan y que fueron cambiados cumpliendo todos los requisitos.

II. SOBRE LA EXPERIENCIA PROPUESTA POR EL CONSORCIO Y LA INDEBIDA VALORACION.

Es importante resaltar que como causal de rechazo se mantuvo la postura por parte de la CRA que uno de los 2 contratos aportados no es tenido en cuenta por no cumplir con lo requerido en el Pliego de Condiciones, toda vez que su objeto es un contrato de concesión de obra y no un contrato de obra pública.

Frente a esto es menester resaltar que en el marco e la subsanación se hizo una amplia explicación sobre la tipología en España de estos contratos, la diferenciación en nuestra legislación Colombiana y los principios que se debían tener en cuenta por parte de la CRA, sin embargo sobre ello no se pronunció en lo absoluto el comité, por el contrario insistieron en plantear la misma “diferenciación” que trae la ley 80 de 1993 en su artículo 32 sobre la tipología de ambos.

Resulta entonces necesario, señores CRA, establecer la naturaleza del Contrato de Concesión de Obra respecto del Contrato de Obra, por lo que me permito señalar que la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.” Que establece

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

1o. Contrato de Obra.

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles,

*cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.*¹

(...)(Subrayado fuera del texto original)

La norma citada vista de manera superficial supondría una simple definición del contrato de obra pública, sin embargo, leída a profundidad, el constituyente secundario nos trae varios elementos o componentes a destacar dentro del concepto del contrato mencionado, dentro de las que se encuentran:

- a) Definición de la tipología contractual en comento (Contrato de obra)
- b) Objeto del contrato: Sobre este punto, el legislador señala que la finalidad del contrato de obra es la *“construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, y finalmente;*
- c) Modalidad de ejecución y forma de pago: En este componente, la norma señala que la modalidad de ejecución y forma de pago es indeterminada, es decir, está sujeta al pacto de las partes.

Queremos llamar la atención del lector sobre este último ítem que nos trae el numeral primero (1) del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es decir, sobre la modalidad de ejecución y forma de pago del contrato de obra, como quiera que, es aquí donde se vislumbra la solución al problema jurídico planteado. Para tal propósito, se hace necesario remitirnos a los antecedentes inmediatos de la ley 80 de 1993, esto es, el Decreto-Ley 222 de 1983 *“Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”*, que si bien fue derogado por la ley 80 de 1993, es importante analizar su regulación sobre el contrato de obra y el contrato de concesión, ya que nos permite analizar el espíritu del legislador frente a la diferenciación traída.

Es preciso manifestar que en este cuerpo legal, la concesión no estaba regulada como un contrato; este Decreto en su artículo 82, describía y regulaba las formas de ejecución y pago en el contrato de obra, y entre ellas se encontraba incluido el sistema de concesión; de esto se desprende que la concesión **era una de las formas de ejecución y pago en el contrato de obra y no un contrato autónomo.**

Para brindar una mayor instrucción, se citan los artículos 81 y 82 del Decreto-Ley 222 de 1983, los cuales rezan lo siguiente:

Artículo 81. Del objeto de los contratos de obras públicas. *Son contratos de obras públicas los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.*

Artículo 82. De las formas de pago en los contratos de obra. *Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran:*

¹ Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, Artículo 32

1. *Por un precio global.*
2. *Por precios unitarios, determinando en monto de la inversión.*
3. *Por el sistema de administración delegada.*
4. *Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y*
- 5. Mediante el otorgamiento de concesiones.**²(Negrilla y subrayado fuera del texto original.)

En virtud de lo anterior, es claro que bajo el amparo del anterior estatuto de contratación pública la concesión era considerada más una forma de pago y ejecución del Contrato de Obra que un contrato estatal autónomo, tal como hoy se maneja en la legislación española, la cual es importante analizar en virtud que la experiencia aportada es de un contrato de concesión de obra pública en España.

Ahora bien, Revisados los antecedentes del contrato de concesión y de obra previos a la Ley 80 de 1993, procedemos a analizar la variación o estabilidad que ha sufrido la concesión respecto del contrato de obra en lo relativo a la forma de ejecución y pago del mismo, de conformidad con el estatuto de contratación vigente.

Al inicio del presente escrito, se citó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y advirtió que justo ahí estaba la respuesta a la cuestión planteada, en consecuencia, como quiere que, la norma citada en mención reviste de mucha importancia para resolver el problema planteado, se procede a citarla nuevamente.

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

1o. Contrato de Obra.

*Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, **cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.***³
(...)(Subrayado fuera del texto original)

Como se explicó en líneas precedentes, el numeral primero (1) del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contiene tres componentes que fueron extraídos y descritos antes, se requiere especial atención sobre el último, es decir, sobre la modalidad de ejecución y

² Presidencia de la República de Colombia, Decreto Ley 222 de 1983, Artículos 81 y 82

³ Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, Artículo 32

pago del contrato de obra, toda vez, que es en este punto donde se definirá si hubo o no variación de la concepción de la concesión en el marco de la nueva legislación contractual, en contraste con el Decreto-Ley 222 de 1983.

Ahondando en la cuestión, la norma citada en lo relativo a la forma de pago y ejecución del Contrato de Obra es clara al manifestar que puede ser cualquiera, es decir, la disposición legal deja la puerta abierta para que se pacte cualquier tipo de contraprestación al contratista dentro de un Contrato de Obra, siempre que esta esté dentro de los cánones legales.

Por consiguiente, al no establecer el legislador ningún tipo de restricción referente a la forma o modalidad de pago y ejecución del Contrato de Obra se concluye que la concesión bajo el amparo de la Ley 80 de 1993, puede ser vista como una modalidad de pago y ejecución del contrato de Obra de conformidad con el precepto establecido en el numeral 1 del artículo 32 del nuevo estatuto de contratación administración pública.

Lo anterior interpretación está soportada en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, órgano judicial que en sentencia del 31 de agosto de 2011, radicado No. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), sostuvo lo siguiente:

*Así, es pertinente anotar que en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 ibidem) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y **el otorgamiento de concesiones**, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. **Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración**, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c⁴). (Negrilla fuera del texto original)*

En síntesis, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo de manera clara y contundente en su interpretación concibe que el contrato de obra se pueda pagar y ejecutar entre otras cosas, como una concesión, por lo tanto, en esta instancia, la naturaleza de la concesión es una modalidad de ejecución y pago del contrato de obra pública.

⁴ Consejo de Estado, C. P Luz Stella Correa, Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), 31 de agosto de 2011

Una vez analizado lo anterior, a la luz de la legislación española y colombiana, una de las endebles diferencias del Contrato de Obra Pública con el Contrato de Concesión de Obra, es la forma de remuneración al concesionario, que proviene de los derechos que pagan los usuarios por concepto de utilización de la obra; se trata de un elemento esencial sin el cual se podría tipificar en un contrato diferente; no obstante, al permitir la preceptiva legal (Numeral 1, Artículo 32 Ley 80 de 1993) la estipulación de cualquier modalidad de remuneración, se reduce la importancia de ese elemento configurativo del contrato de concesión de obra; a tal punto que la norma puede estar eliminando la especificidad de la institución.

II.I EL CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PUBLICA Y EL CONTRATO DE OBRA EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

La legislación vigente aplicable a este tipo de contratos en el ordenamiento español es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En el precitado cuerpo normativo, en su se establece los tipos de contratos de la siguiente manera;

Artículo 13. Contrato de obras.

1. *Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes:*

a) *La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.*

b) *La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.*

2. **Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.**

También se considerará «obra» la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.

3. *Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiéndose por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra. (...)*

Artículo 14. Contrato de concesión de obras.

1. *La concesión de obras es un contrato que **tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo***

anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El contrato podrá comprender, además, el siguiente contenido:

a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.

b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

3. El contrato de concesión de obras podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que esta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, estos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Artículo 15. Contrato de concesión de servicios.

1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Es evidente entonces que una vez analizados los artículos de la ley española aplicable, el objeto del contrato de concesión de obra y el contrato de obra, es el mismo, con la única diferencia de la forma de remuneración, haciéndose además una diferencia entre contrato de concesión de obra y de concesión de servicios.

Solo basta mirar la definición legal del contrato de concesión de obra que trae la norma española para identificar que es el mismo de obra publica cuando expresa; *La concesión de obras es un contrato que **tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior.***

Por consiguiente, se llega a la conclusión que el Contrato de Concesión de Obra Pública puede ser visto como una forma de ejecución y pago del Contrato de Obra de conformidad con el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y la sentencia Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080) de 31 de agosto de 2011 emitida por el Consejo de Estado, y de conformidad con la legislación española por consiguiente, siempre que se estén evaluando, estudiando o examinando estas dos tipologías contractuales, no se puede obviar que el Contrato de Concesión de Obra Pública es visto a la luz de la legislación y la jurisprudencia como una modalidad de pago del Contrato de Obra, en consecuencia, se concluye que tienen el mismo alcance.

III. SOBRE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN Y LA PREPONDERANCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

Es importante en este punto, y para todos los efectos de Este recurso de reposición la necesidad de que la entidad tenga en cuenta la postura del Consejo de Estado en su sección 3º y los planteamientos de Colombia Compra sobre la Viabilidad de interpretar los pliegos de condiciones. «(...)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. (...)»

El criterio teleológico es el principal instrumento para interpretar el pliego de condiciones. «(...) tratándose del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, **optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público.**

Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.

Sobre los Criterios para interpretar el pliego de condiciones el Consejo de estado ha dicho en la sentencia SIII E 25642 DE 2013 que «(...) En esa perspectiva, el sentido gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas (criterio semántico); con posterioridad, es dable acudir a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático), según el cual es posible ilustrar el sentido de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan, en procura de la búsqueda de correspondencia y armonía; de igual forma, es posible desentrañar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); otros criterios hermenéuticos –de naturaleza subsidiaria– son los relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad.

Aunado a lo anterior, la administración puede emplear la lógica de lo razonable, la ponderación o test de proporcionalidad para solucionar las antinomias, vacíos o contradicciones en el contenido de los pliegos de condiciones. (...)»

En este mismo sentido Colombia Compra Eficiente publicó como concepto que, *“una entidad pública frente a una contradicción en el pliego de condiciones entre el título de una norma y el contenido de la misma, por ejemplo, puede determinar que prevalece el texto de la disposición, porque la entidad está facultada para interpretar el pliego de condiciones conforme a los principios aplicables a la contratación estatal y optar por la*

solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público.”⁵

En este escenario y al haber declarado desierto vale la pena preguntarle a la CRA ¿que es lo que se buscaba con el proceso de selección?, ¿cual es el interés general que se persigue?, ¿que es lo que se pretende hacer valer cuando se piden como experiencia dos contratos de obra publica terminados?, ¿cuales son los efectos negativos de la declaratoria de desierto de un proceso?.

En este orden de ideas, vale la pena resaltar que el objetivo principal que motiva el proceso de selección es lograr encontrar un contratista con la suficiente capacidad, experiencia e idoneidad que pueda lograr el objetivo de construir una planta de tratamiento que redunde en la mejora de las condiciones de vida de la comunidad de PIOJO en el departamento del Atlántico, sin embargo, no se puede asumir una postura egoísta por parte de la CRA que por motivos de falta de interpretación y de desconocimiento jurisprudencial y normativo, conculque los derechos y expectativas de la comunidad.

Ahora bien, si analizamos la idoneidad y experiencia, es evidente que nuestro consorcio es prenda de garantía para el desarrollo de la obra, y por simples y meros problemas de forma en el nombre del contrato, no puede dejarse de adjudicar una propuesta beneficiosa para la entidad y para la comunidad.

En esta misma línea argumentativa no se puede desconocer lo consagrado en la constitución de 1991, en su artículo 228 consagro que en las actuaciones judiciales **prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental**, como función publica de administrar justicia (Consejo de Estado 25.804 de 2014), y el artículo 209 incorporó principios más versátiles para el ejercicio de la función administrativa, en pro de cumplir los fines Estatales.

Por otra parte debo recordarle a la CRA que la ley 1437 de 2011 en su artículo 10 establece *“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”*

Es pues importante y vinculante la aplicación de la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado en aras de no vulnerar el ordenamiento jurídico y no conculcar los

⁵ <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/14-etapa-precontractual-interpretación-de-los-pliegos-de-condiciones>

derechos de la mejor oferta que en esta somos nosotros al ser los únicos habilitados si se acepta el presente recurso.

IV. SOBRE EL CÁLCULO DEL PFMT Y VTE

En el marco al aceptar el presente recurso, y por ende darle validez al contrato No. 2 como experiencia específica, se estaría dado cumplimiento al PFMT y al VTE exigido por la entidad.

Por lo anterior, reiteramos que el CONSORCIO PTAR PIOJO 2018 SI cumple a cabalidad con la experiencia y con los criterios de VTE y PFMT exigidos en los pliegos de condiciones, razón por la cual solicitamos se reponga la resolución de Declaratoria de desierta y se nos califique como hábiles.

V. SOLICITUD:

Como consecuencia de los argumentos facticos y jurídicos planteados, solicitamos muy respetuosamente que se reponga la resolución de Declaratoria de desierta y se nos habilite, por consiguiente se nos evalúe y adjudique el proceso de referencia.

Atentamente,



Firma Representante Legal

ALEJANDRO CAMARASA YAÑEZ

C.E: 352135

ANEXO I

Trabajos contemplados en el artículo 13

En caso de diferentes interpretaciones entre CPV y NACE, se aplicará la nomenclatura CPV.

			NACE Rev.2 (1)		
Sección F			Construcción	Código CPV	
División	Grupo	Clase	Descripción	Observaciones	
45			Construcción.	Esta división comprende: - las construcciones nuevas, obras de restauración y reparaciones corrientes.	45000000
	45,1		Preparación de obras.		45100000
		45,11	Demolición de inmuebles; movimientos de tierras.	Esta clase comprende: - la demolición y el derribo de edificios y otras estructuras, - la limpieza de escombros, - los trabajos de movimiento de tierras: excavación, rellenado y nivelación de emplazamientos de obras, excavación de zanjas, despeje de rocas, voladuras, etc., - la preparación de explotaciones mineras: - obras subterráneas, despeje de montera y otras actividades de preparación de minas. Esta clase comprende también: - el drenaje de emplazamientos de obras, - el drenaje de terrenos agrícolas y forestales.	45110000
		45,12	Perforaciones y sondeos.	Esta clase comprende: - las perforaciones, sondeos y muestreos con fines de construcción, geofísicos, geológicos u otros. Esta clase no comprende: - la perforación de pozos de producción de petróleo y gas natural (véase 11.20), - la perforación de pozos hidráulicos (véase 45.25), - la excavación de pozos de minas (véase 45.25), - la prospección de yacimientos de petróleo y gas natural y los estudios geofísicos, geológicos o sísmicos (véase 74.20).	45120000
	45,2		Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil.		45200000
		45,21	Construcción general de edificios y obras singulares de ingeniería civil (puentes, túneles, etc.).	Esta clase comprende: - la construcción de todo tipo de edificios, la construcción de obras de ingeniería civil: - puentes (incluidos los de carreteras elevadas), viaductos, túneles y pasos subterráneos, - redes de energía, comunicación y conducción de larga distancia, - instalaciones urbanas de tuberías, redes de energía y de comunicaciones, - obras urbanas anejas, - el montaje <i>in situ</i> de construcciones prefabricadas. Esta clase no comprende: - los servicios relacionados con la extracción de gas y de petróleo (véase 11.20), - el montaje de construcciones prefabricadas completas a partir de piezas de producción propia que no sean de hormigón (véanse las divisiones 20, 26 y 28), - la construcción de equipamientos de estadios, piscinas, gimnasios, pistas de tenis, campos de golf y otras instalaciones deportivas, excluidos sus edificios (véase 45.23), - las instalaciones de edificios y obras (véase 45.3), - el acabado de edificios y obras (véase 45.4), - las actividades de arquitectura e ingeniería (véase 74.20), - la dirección de obras de construcción (véase 74.20).	45210000 Excepto: - 45213316 45220000 45231000 45232000

NACE Rev.2 (1)			Código CPV
Sección F	Construcción		
División Grupo Clase	Descripción	Observaciones	
45,22	Construcción de cubiertas y estructuras de cerramiento.	Esta clase comprende: - la construcción de tejados, - la cubierta de tejados, - la impermeabilización de edificios y balcones.	45261000
45,23	Construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos.	Esta clase comprende: - la construcción de autopistas, calles, carreteras y otras vías de circulación de vehículos y peatones, - la construcción de vías férreas, - la construcción de pistas de aterrizaje, - la construcción de equipamientos de estadios, piscinas, gimnasios, pistas de tenis, campos de golf y otras instalaciones deportivas, excluidos sus edificios, - la pintura de señales en carreteras y aparcamientos. Esta clase no comprende: - el movimiento de tierras previo (véase 45.11).	45212212 y DA03 45230000 Excepto: - 45231000 - 45232000 - 45234115
45,24	Obras hidráulicas.	Esta clase comprende: - la construcción de: - vías navegables, instalaciones portuarias y fluviales, puertos deportivos, esclusas, etc., - presas y diques, - dragados, - obras subterráneas.	45240000
45,25	Otros trabajos de construcción especializados.	Esta clase comprende: - las actividades de construcción que se especialicen en un aspecto común a diferentes tipos de estructura y que requieran aptitudes o materiales específicos, - obras de cimentación, incluida la hinca de pilotes, - construcción y perforación de pozos hidráulicos, excavación de pozos de minas, - montaje de piezas de acero que no sean de producción propia, - curvado del acero, - colocación de ladrillos y piedra, - montaje y desmantelamiento de andamios y plataformas de trabajo, incluido su alquiler, - montaje de chimeneas y hornos industriales. Esta clase no comprende: - el alquiler de andamios sin montaje ni desmantelamiento (véase 71.32).	45250000 45262000
45,3	Instalación de edificios y obras.		45300000
45,31	Instalación eléctrica.	Esta clase comprende: la instalación en edificios y otras obras de construcción de: - cables y material eléctrico, - sistemas de telecomunicación, - instalaciones de calefacción eléctrica, - antenas de viviendas, - alarmas contra incendios, - sistemas de alarma de protección contra robos, - ascensores y escaleras mecánicas, - pararrayos, etc.	45213316 45310000 Excepto: - 45316000
45,32	Trabajos de aislamiento.	Esta clase comprende: - la instalación en edificios y otras obras de construcción de aislamiento térmico, acústico o antivibratorio. Esta clase no comprende: - la impermeabilización de edificios y balcones (véase 45.22).	45320000
45,33	Fontanería.	Esta clase comprende: - la instalación en edificios y otras obras de construcción de: - fontanería y sanitarios, - aparatos de gas,	45330000

NACE Rev.2 (1)			Código CPV
Sección F	Construcción		
División Grupo Clase	Descripción	Observaciones	
		<ul style="list-style-type: none"> – aparatos y conducciones de calefacción, ventilación, refrigeración o aire acondicionado, – la instalación de extintores automáticos de incendios. Esta clase no comprende: – la instalación y reparación de instalaciones de calefacción eléctrica (véase 45.31). 	
45,34	Otras instalaciones de edificios y obras.	<p>Esta clase comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – la instalación de sistemas de iluminación y señalización de carreteras, puertos y aeropuertos, – la instalación en edificios y otras obras de construcción de aparatos y dispositivos no clasificados en otra parte. 	45234115 45316000 45340000
45,4	Acabado de edificios y obras.		45400000
45,41	Revocamiento.	<p>Esta clase comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – la aplicación, en edificios y otras obras de construcción, de yeso y estuco interior y exterior, incluidos los materiales de listado correspondientes. 	45410000
45,42	Instalaciones de carpintería.	<p>Esta clase comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – la instalación de puertas, ventanas y marcos, cocinas equipadas, escaleras, mobiliario de trabajo y similares de madera u otros materiales, que no sean de producción propia, – acabados interiores, como techos, revestimientos de madera para paredes, tabiques móviles, etc. <p>Esta clase no comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – los revestimientos de parquet y otras maderas para suelos (véase 45.43). 	45420000
45,43	Revestimiento de suelos y paredes.	<p>Esta clase comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – la colocación en edificios y otras obras de construcción de: – revestimientos de cerámica, hormigón o piedra tallada para paredes y suelos, – revestimientos de parquet y otras maderas para suelos y revestimientos de moqueta y linóleo para suelos, – incluidos el caucho o los materiales plásticos, – revestimientos de terrazo, mármol, granito o pizarra para paredes y suelos, – papeles pintados. 	45430000
45,44	Pintura y acristalamiento.	<p>Esta clase comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – la pintura interior y exterior de edificios, – la pintura de obras de ingeniería civil, – la instalación de cristales, espejos, etc. <p>Esta clase no comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – la instalación de ventanas (véase 45.42). 	45440000
45,45	Otros acabados de edificios y obras.	<p>Esta clase comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – la instalación de piscinas particulares, – la limpieza al vapor, con chorro de arena o similares, del exterior de los edificios, – otras obras de acabado de edificios no citadas en otra parte. <p>Esta clase no comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – la limpieza interior de edificios y obras (véase 74.70). 	45212212 y DA04 45450000
45,5	Alquiler de equipo de construcción o demolición dotado de operario.		45500000
45,50	Alquiler de equipo de construcción o demolición dotado de operario.	<p>Esta clase no comprende:</p> <ul style="list-style-type: none"> – el alquiler de equipo y maquinaria de construcción o demolición desprovisto de operario (véase 71.32). 	45500000

(1) Reglamento (CEE) n.º 1893/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, que establece la clasificación europea de actividades económicas.