

Puerto Colombia, 13 de abril de 2015

**Señor
RODOLFO RECIO MUNK**
Representante Legal
RECIO TURISMO S.A.
Email. dptolicitaciones@recioturismo.org

A QUIEN LE INTERESE

Asunto: Invitación Pública No. 01 de 2015, cuyo objeto consiste en: "Prestar el servicio de gestión y suministro de transporte aéreo y terrestre en rutas nacionales e internacionales, el servicio de alojamiento y complementarios para los funcionarios, contratistas, estudiantes y demás que sean requeridos para el desarrollo de las funciones y actividades propias de la Universidad del Atlántico".

Respetados Señores:

Con atención al Acta No. 68 de la Reunión Extraordinaria de la Junta Directiva de Recio Turismo S.A. recibido día 13 de abril de 2015 se hacen las siguientes consideraciones:

Mediante correo electrónico de fecha 7 de abril de 2015 dirigido al Señor Rodolfo Recio Munk en su Calidad de Representante Legal de RECIO TURISMO S.A., la Universidad del Atlántico solicitó aclaración de la Oferta, en el sentido de aportar mediante correo electrónico y posteriormente en físico, extracto o copia del acta aprobada en la junta de socios o asamblea respectiva, donde conste que ha sido facultado para presentar la propuesta y firmar el contrato hasta el por el total del mismo, en caso de adjudicársele el contrato que resulte del presente proceso de Invitación (cuya fecha de expedición debe ser anterior a la fecha de cierre del proceso). Todo esto de conformidad al numeral 6.1.2 del Pliego de Condiciones de la Invitación Pública No. 01 de 2015. Para lo anterior se fijó como fecha para subsanar este requisito el día 8 de abril de 2015 hasta las 11:00 AM

Respecto a las reglas de Subsanción, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹ se pronunció en los siguientes términos:

"5.4 .Oportunidad del requerimiento y la respuesta al mismo.

De conformidad con la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, las entidades estatales tienen la facultad de solicitar los requisitos o documentos subsanables "hasta la adjudicación". Considera la Sala que esa locución debe interpretarse "hasta antes de la adjudicación", en la medida en que para poder adjudicar han de estar verificadas previamente todas las condiciones exigidas para contratar con el Estado. A ello se llega no sólo por el significado mismo de la preposición hasta, sino por la interpretación sistemática de las normas bajo estudio.

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

Según el Diccionario panhispánico de dudas, hasta es una "Preposición que se usa para expresar el término límite en relación con el tiempo, el espacio o la cantidad: No lo tendré listo hasta el viernes; Corrió hasta la casa; Contaré hasta veinte...". Agrega dicha obra la siguiente explicación: "3. Puede funcionar como adverbio con el sentido de "incluso" y, en ese caso, es compatible con otras preposiciones: Hasta por tu padre haría eso; Son capaces de trabajar hasta con cuarenta grados; Fui a buscarlo hasta a Cuenca (distinto de Fui a buscarlo hasta Cuenca)"

Se advierte entonces que la locución legal hasta la adjudicación al no estar acompañada con otra preposición no puede entenderse como "incluso hasta la adjudicación"; por tanto, el término otorgado por la norma para que las entidades estatales ejerzan la potestad de solicitar documentos o informaciones subsanables será hasta antes de la adjudicación.

Se reitera que las normas prevén una potestad para la entidad licitante de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, es una autorización o permiso para que los proponentes subsanen lo solicitado "incluso hasta la adjudicación", incumpléndose el plazo concedido por la entidad estatal contratante. Se advierte que dicho término debe ser razonable, esto es suficiente para que el proponente logre entregar los documentos o realizar las acciones necesarias para completar las informaciones o las probanzas requeridas; razonabilidad que en cada caso deberá fijarla la administración, pudiendo el proponente pedir, también razonadamente, su ampliación.

Lo anterior es plenamente concordante con el principio de economía aplicable a la contratación estatal, el cual exige que en los procesos de selección se observen únicamente las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable y que los términos son preclusivos y perentorios.

En las preguntas formuladas, el consultante averigua si la inclusión en un pliego de condiciones de una cláusula que defina unos plazos para contestar los requerimientos de los documentos y requisitos subsanables que haga la entidad licitante, es ineficaz de pleno derecho. Para responder, recuerda la Sala que la Sección Tercera del Consejo de Estado anuló la expresión "o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones" dejando claro que el término dentro del cual puede hacer requerimientos va hasta antes de la adjudicación, por lo cual los pliegos de condiciones no pueden cambiarlo, ni establecer una etapa ad hoc.

Nótese que tanto la ley como el reglamento se refieren tan sólo al deber para la administración licitante de pedir los documentos, pero guardan silencio sobre la oportunidad que tiene el licitante para aportar aquellos que le fueron requeridos, esto es, no hay un plazo legal para la respuesta. Es claro, como se dijo antes, que la entidad licitante debe dar un término razonable al proponente para que cumpla con el requerimiento que le hace en aras de los principios de economía, eficacia, preclusión de las etapas procesales, etc., y por lo mismo, agrega ahora la Sala, en los pliegos de condiciones es válido establecer unos parámetros para definir dicho plazo, cláusula ésta que no contradice en nada las prohibiciones del numeral 5° del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que consagra las causales de ineficacia de las estipulaciones del pliego.

Lo anterior es plenamente concordante con el principio de economía aplicable a la contratación estatal, el cual exige que en los procesos de selección se observen únicamente las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable; además, con este mismo propósito los términos son preclusivos y perentorios y las autoridades están en la obligación de dar impulso oficioso a las actuaciones (Ley 80, art. 25 No.1). Bajo este mismo criterio, es deber de las entidades públicas adelantar los trámites con austeridad de tiempo, medios y gastos, impidiendo las dilaciones y los retardos (ibidem, art. 25 No. 4).

Igualmente, el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 consagra la siguiente regla: "Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...). 7. 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...". (Se subraya).

Así las cosas, los principios de economía, transparencia y libre concurrencia de la contratación estatal exigen que llegado el momento de adjudicar estén verificadas previamente y, si es del caso, debidamente saneadas, todas las condiciones exigidas para contratar con el Estado, tanto las generales como las particulares de la respectiva convocatoria. Es por ello que la norma es clara en establecer que la entidad puede requerir a los oferentes para que cumplan con los mencionados requisitos, así en los pliegos de condiciones no se fije un plazo para el saneamiento; y que ellos a su vez, deberán cumplir con lo exigido dentro del término señalado, so pena de que la oferta sea rechazada.

A este respecto no puede olvidarse que el proceso de selección de contratistas es un conjunto de reglas estrictas y detalladas tendientes a adoptar una decisión reglada por parte de la administración, según se ha expuesto, la cual no puede quedar supeditada a la voluntad del proponente de responder cuando a bien tenga el requerimiento para subsanar, argumento adicional que fundamenta, en caso de que se omita el plazo otorgado o la respuesta no satisfaga el preciso y concreto requerimiento efectuado, la potestad de rechazar la oferta.

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala RESPONDE:

1. "¿Puede la entidad a través del comité evaluador o cualquier representante autorizado de la misma señalar, en el requerimiento que efectúe al proponente para que subsane aspectos de su propuesta que verifiquen el cumplimiento de requisitos habilitantes, que el plazo para subsanar es una fecha cierta anterior a la fecha prevista para la audiencia de adjudicación o al momento previo a la de realización de la Subasta, según el caso?"

En el Registro Único de Proponentes debe constar la información relacionada con los requisitos habilitantes de los proponentes, los cuales son verificados y certificados por la Cámara de Comercio respectiva.

Cuando las entidades estatales estén facultadas para verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes, puede darse el caso de que surja la necesidad de requerir la subsanabilidad de los mismos, caso en el cual se otorgará a los proponentes, en igualdad de condiciones, un plazo razonable anterior a la adjudicación o a la realización de la subasta, para que responda el requerimiento efectuado por la entidad.

2. *"¿Puede una entidad del Estado rechazar una oferta, cuando el proponente dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga el ente estatal para subsanarla, tal como lo prevé el tercer inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2010?"*

Sí, porque la decisión reglada por parte de la administración, según se ha expuesto en la parte motiva de este concepto, no puede quedar supeditada a la voluntad del proponente por expresa disposición de los artículos 25, numerales 1 y 4; 30, numeral 7, de la ley 80 de 1993, y 5 de la ley 1150 de 2007, así como del artículo 10 del decreto 2474 de 2008, normas que desarrollan los principios de economía y transparencia, deber de selección objetiva y estructura de los procedimientos de selección propios de la contratación estatal.

3. *"¿Serían dichas estipulaciones ineficaces de pleno derecho, conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del literal f) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993?"*

La estipulación contenida en el pliego de condiciones que regule la posibilidad de dar un plazo razonable para responder el requerimiento efectuado por la entidad para subsanar, no es ineficaz de pleno derecho de acuerdo con lo expuesto en la respuesta anterior y en la parte motiva de éste concepto.

4. ***"¿Cuál es el límite entre el derecho a subsanar una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones y el abuso de tal derecho?"***

No existe el derecho a subsanar. Lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta a lo largo del proceso contractual.

Lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas. (Negrilla fuera del texto original)

En este sentido, se concluye que la entidad es la que debe fijar el término de subsanabilidad en la solicitud o en el pliego, el cual debe ser razonable y adecuado al caso, sin perjuicio que el proponente solicite su ampliación.

En todo caso dicho término incluida la ampliación será perentorio so pena de producir el rechazo del proponente en el proceso contractual.

Ahora bien, es importante precisar en primer término que mediante correo electrónico de 7 de abril de 2015, se solicitó al Señor Rodolfo Recio Munk, aportar hasta el día 8 de abril de 2015 a las 11:00 a.m. (teniendo en cuenta los términos perentorios del Pliego de Condiciones) el extracto o copia del acta aprobada en la junta de socios o asamblea respectiva, donde conste que ha sido facultado para presentar la propuesta y firmar el contrato hasta el por el total del mismo, en caso de adjudicársele el contrato que resulte del presente proceso de Invitación (cuya fecha de realización debía ser anterior a la fecha de cierre del proceso de invitación, es decir 26 de marzo de 2015). Así pues, durante dicho término, no se aportó la documentación requerida.

Es preciso señalar que de parte de Recio Turismo S.A. no se solicitó en momento alguno ampliación del plazo para entregar la documentación requerida por la Universidad del Atlántico.

Así pues, teniendo en cuenta lo anterior, se publicó la evaluación de las propuestas rechazando la Oferta presentada por el señor Rodolfo Recio Munk en su Calidad de Representante Legal de RECIO TURISMO S.A., e inhabilitándolo jurídicamente por ausencia de uno de los documentos de la Capacidad Jurídica, Autorización para comprometer a la sociedad.

El día 13 de abril de 2015, se hace entrega del Acta No. 68 de Reunión Extraordinaria de la Junta Directiva de Recio Turismo S.A. cuya fecha de realización corresponde al 10 de abril de 2015; posterior a la fecha de cierre del proceso el cual es el 26 de marzo de 2015.

En este sentido, teniendo en cuenta lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y por el Pliego de Condiciones del Proceso de Invitación Pública No. 01 de 2015, Recio Turismo S.A. en cabeza del señor Rodolfo Recio Munk, no cumplió con el plazo señalado por la Universidad del Atlántico para presentar el Acta aprobada en la junta de socios o asamblea respectiva, donde conste que ha sido facultado para presentar la propuesta y firmar el contrato hasta el por el total del mismo, ni solicitó ampliación del mismo; acaeciendo en la causal de rechazo No. 8.14 *"Cuando NO allegue dentro del término señalado por escrito por La Universidad, las aclaraciones, observaciones y documentos que no fueron allegados con la Oferta, observaciones y documentos de la forma que fueron requeridos por La Universidad"*.

Igualmente, es substancial que los documentos que se requieran por la Universidad del Atlántico como prueba de la Capacidad Jurídica, para el caso concreto, hayan sido expedidos ANTES de la fecha de cierre del proceso, esto es antes del 26 de marzo de 2015; por ende no podrá permitir que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Como se indicó anteriormente, el Acta No. 68 de la Junta de Directiva de Recio Turismo S.A. se realizó el día 10 de abril de 2015, la cual a todas luces es posterior a la fecha de cierre del proceso de Invitación Pública No. 1 de 2015; lo cual; lo anterior tiene su sustento en que la capacidad jurídica debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si *"quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse"*

al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta²; condición que, además debe probarse.

Así pues, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el Proceso de Invitación y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la Oferta.

En conclusión, bajo el principio de transparencia e igualdad, el Acta No. 68 de Reunión Extraordinaria de la Junta Directiva de Recio Turismo S.A. no es aceptada por la Universidad del Atlántico; puesto que se concedió la oportunidad al Señor Rodolfo Recio Munk de allegar a la oferta un documento que certificase el cumplimiento de requisitos, siempre y cuando dichos requisitos hubiesen estado llenos o cumplidos por parte de éste antes del cierre del proceso, sin embargo constado el documento, su expedición es posterior al cierre; y permitirle cumplir con requisitos que prueban y demuestran su capacidad jurídica con posterioridad a la fecha de cierre, sería concederle ventajas a un proponente frente a otro que cumplió debidamente con las condiciones exigidas en el pliego de condiciones a la fecha de cierre del proceso de Invitación Pública No. 1 de 2015.

Por las consideraciones anteriores, la Universidad del Atlántico se mantiene en el resultado de las evaluaciones jurídica, y técnico – económica, así como en la asignación del puntaje.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO

SHIRLEY GIRALDO CADAVID

Jefe Departamento de Gestión de Bienes y Suministros

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).