



Medellín, Marzo 15 de 2018

Señor

JACOB KAPLAN

Representante Legal ELBIT SYSTEM LTD

Advanced Tecnology Center, P.O.539 Hifa Israel

Teléfono (972) 4 8317174 (+57-1) 6350273

Hifa, Israel

Asunto: Solicitud de Revocatoria Informe Definitivo SPO 2017-12

Cordial Saludo,

El 7 de marzo de 2018 mediante correo electrónico, la Empresa Para la Seguridad Urbana – ESU, recibió su solicitud de revocatoria del informe definitivo de evaluación de la Solicitud Pública de Ofertas SPO 2017-12, en el que se solicita: revocar el acto administrativo mediante el cual se recomienda el cierre del proceso, reconsiderar la descalificación realizada al proponente Elbit System Ltd., y continuar con el protocolo de pruebas establecido en el cronograma de actividades, lo anterior fundamentado en el total cumplimiento de los requisitos del oferente, de conformidad con lo establecido en los pliegos de condiciones y la propuesta allegada con las correspondientes aclaraciones.

De acuerdo a lo anterior, nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos:

Sobre la experiencia se indica que después de verificados nuevamente los documentos aportados en la propuesta inicial y en las aclaraciones allegadas, con respecto al informe preliminar de evaluación, se evidencia certificación suscrita por el proponente ELbit System Ltd, en la cual se consignan el número del contrato y el objeto del mismo. Teniendo en cuenta que la Entidad solo podrá validar la experiencia del proponente conforme a las reglas establecidas en el pliego de condiciones, se precisa que en la Nota 4 del numeral 4.2.1 VERIFICACIÓN TÉCNICA se expresa que el ofertante podrá allegar con su propuesta documentos adicionales que permitan a la empresa verificar la información no contenida en el certificado.

En este sentido, la Entidad reconoce que conforme al principio de transparencia, el pliego de condiciones debe contener reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto del proceso; y así mismo, debe definir reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la Entidad.

Del anterior análisis se puede dilucidar que el pliego de condiciones no expresa puntualmente que la certificación debe ser expedida por el contratante o receptor de los bienes o por cualquier otra





Alcaldía de Medellín

Cuenta con vos

ESU

Empresa para la Seguridad Urbana

autoridad que pueda dar fe del cumplimiento del contrato suscrito y nunca por el contratista o proponente, por lo que la Entidad debe acudir a la sana lógica para hacer posible la evaluación de la propuesta, acudiendo a la interpretación que le permita considerar las propuestas presentadas.

El pliego de condiciones es susceptible de interpretación, ya sea para suplir un vacío, resolver una antinomia (contradicción), o cuando la aplicación estricta de esta genere un mayor perjuicio que su inaplicación o cuando resulte contraria a una norma superior.

Así mismo la Jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha reconocido como válida dentro del marco legal establecido, la posibilidad de interpretación de los pliegos de condiciones teniendo en cuenta que existe la imposibilidad de prever con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en desarrollo del proceso y que la Entidad Estatal se encuentra llamada a resolver las situaciones que se presenten durante la realización del proceso de selección con miras a adjudicar el contrato de manera objetiva. En este sentido, la interpretación de una norma puede aplicarse ya sea para suplir un vacío, resolver una antinomia, cuando la aplicación estricta de esta genere un mayor perjuicio que su inaplicación o cuando resulte contraria a una norma superior.

Es claro que los procesos de selección de contratistas por parte de las Entidades Estatales se encuentran sometidos a la Ley de manera estricta, de modo que tanto la administración como los interesados o proponentes, deben dar cumplimiento a las reglas y procedimientos establecidos en el pliego de condiciones, documento que durante la etapa de selección se erige como ley para las partes; sin embargo como lo reconoce la jurisprudencia lo anterior no obsta para que en los casos en que sea necesario se pueda acudir a los criterios hermenéuticos para resolver una situación no prevista en el documento, ajustada en todo caso a los principios del derecho, de la función administrativa, de la contratación, a la finalidad del pliego y a la protección del interés general.

Se traza entonces una línea diferenciadora entre la facultad de interpretación del pliego de condiciones que le asiste a la Entidad y el ejercicio de una potestad discrecional para modificar el contenido del mismo. En el primer caso existe una autorización legal expresa que obliga a la Entidad a ceñirse a los principios de la actividad, a fundamentar desde el punto de vista técnico y/o jurídico sus decisiones, y a realizar un ejercicio desprovisto de consideraciones subjetivas, de manera que se garantice la igualdad a todos los proponentes. Así lo ha expresado el Consejo de Estado en diferentes oportunidades:

“Con relación a la interpretación del pliego de condiciones con miras a efectuar la evaluación de las ofertas y la verificación del cumplimiento de los requisitos en él exigidos a los proponentes, la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la Administración de regular al detalle todas las circunstancias que se pueden presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación².”

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 25642, M.P. Enrique Gil Botero.





Alcaldía de Medellín

Cuenta con vos

ESU

Empresa para la Seguridad Urbana

Se observa entonces que el Alto Tribunal conviene en señalar la interpretación del pliego de condiciones con apego a la ley y los principios que la iluminan, ya no solamente como una posibilidad de la Entidad, sino como una exigencia que se debe cumplir para evitar que un proceso se declare desierto o se profieran providencias inhibitorias cuando por ejemplo se presentan vacíos o contradicciones, puesto que reconocido está por esta Corporación, que escapa a toda persona -Entidad- la capacidad de prever con exactitud todas las circunstancias que se puedan presentar durante el desarrollo del proceso.

En los documentos allegados para realizar las aclaraciones correspondientes al informe preliminar de evaluación, Elbit System Ltd notificó en el folio 541 y 542 el número del contrato y el objeto de mismo, y relacionó como complemento (folio 545) solicitud dirigida al Director de Sibat del Estado de Israel para que ampliara la información contenida en la carta 0012 del 28 de enero de 2018, dirigida al señor David Vieira Mejía, específicamente la solicitud de confirmar por escrito el objeto y número de contrato desarrollado en 2016 con Flying Production Ltda. Ambos documentos se encuentran expedidos y suscritos por el oferente.

Se precisa que el oferente aportó el certificado expedido por el Ministerio de Defensa de Israel que carecía de información sobre lo requerido en los pliegos de condiciones en cuanto a número de contrato, por lo que aportó documentación complementaria a título propio, informando los datos faltantes en el certificado inicial.

De esta manera se concluye que el proponente Elbit System aportó documentación complementaria sobre el certificado relacionado en la propuesta inicial, cumpliendo con los requisitos mínimos de experiencia para considerarse habilitado.

Atendiendo a los principios que rigen la contratación de la ESU, vale la pena revisar el principio de igualdad, consagrado en la Constitución Política como valor fundante del Estado en el Preámbulo de la Carta, como derecho fundamental en el artículo 13 y como principio rector de la función administrativa en el artículo 209. A su vez es expresado como mandato en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 y en el literal c) del Artículo 3 del reglamento de contratación de la ESU.

Desarrollado por nuestra doctrina y jurisprudencia a partir de la interpretación aristotélica, que demanda “tratar igual lo igual y desigual lo desigual”, requiere de parte de la administración la verificación de cada situación en particular advirtiendo diferencias y similitudes, generando en cada caso mandatos distintos así:

(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes³.

³ Corte Constitucional, sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto





Alcaldía de Medellín

Cuenta con vos

ESU

Empresa para la Seguridad Urbana

De ahí que se presente trato discriminatorio cuando las condiciones de los destinatarios sean similares pero la aplicación de la norma genere un trato diferente. El pliego de condiciones, estableció los mismos requisitos para todos los oferentes.

“En materia de contratación estatal, el principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones⁴.”

Ha señalado también el Consejo de Estado, que en armonía con el principio de transparencia y de selección objetiva, la Administración está obligada constitucional y legalmente a garantizar el derecho a la igualdad de todos los oferentes:

“Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos:

- 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores.*
- 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración⁵.”*

Así pues en sede de contratación estatal, el principio de igualdad impone a la administración la obligación de actuar de manera imparcial verificando en todo momento la protección de sus derechos e intereses, lo cual se logra otorgando a todos los participantes la garantía de un trato justo y la participación en idénticas condiciones y con las mismas oportunidades; lo cual a su vez, permite a la Entidad obtener pluralidad de oferentes y garantizar la selección objetiva de la que resulte mejor.

De lo anterior se desprende que previamente el Comité Evaluador del proceso realizó una verificación de las causales de rechazo de los demás oferentes del proceso, con el ánimo de aplicar a estos, si fuere el caso, la misma regla de interpretación para habilitar sus propuestas y garantizar el principio de igualdad, no encontrando que alguna otra presentara una situación similar a la ya enunciada para el proponente en cuestión.

De igual forma, en cuanto a los requisitos técnicos adicionales que no fueron verificados inicialmente por la Entidad, una vez allegadas las aclaraciones por parte del proponente, la ESU

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715, 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447 –Acumulados-. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, exp. 12037. M.P. Alirio Eduardo Hernández Enríquez





Alcaldía de Medellín

Cuenta con vos

ESU

Empresa para la Seguridad Urbana

procedió a realizar la verificación sobre las características mínimas requeridas, encontrando que la propuesta cumple en su totalidad con los requisitos en mención.

De acuerdo a lo expresado, se presentó nueva recomendación al Comité de Gerencia de la entidad, y consecuencia de ello la ESU modificará el informe definitivo de evaluación de la SPO 2017-12, habilitando al proponente Elbit System Ltd.

COMITÉ EVALUADOR,

SONIA DAHANA LUENGAS DEL RÍO

Profesional Universitario

Unidad Estratégica de Servicios de Logística

DIANA MARCELA OSPINA ROJAS

Profesional Especializado

Unidad de Gestión Jurídica

WENDY URIBE MUÑOZ

Subgerente Administrativa y Financiera

JULIANA BERMÚDEZ HENAO

Profesional Universitario

Unidad de Investigación e innovación

