



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO DE LA CONTESTACION Y LAS EXCEPCIONES
ART 175 C.P.A.C.A**

SGC

HORA: 8:00 a.m.

MIÉRCOLES, 10 DE FEBRERO DE 2021

M.PONENTE: JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
RADICACION: 13001-23-33-000-2019-00453-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: UNION TEMPORAL CRECER POR COLOMBIA 2019
DEMANDADO: DISTRITO DE CARTAGENA

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a las partes de la Contestación de la demanda presentada por KLEYN BERNARDO MELENDEZ CARABALLO, en calidad de apoderado (a) judicial del DISTRITO DE CARTAGENA, el día 15 de enero de 2021.

EMPIEZA EL TRASLADO: JUEVES, 11 DE FEBRERO DE 2021, A LAS 8:00 A.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
Secretaria General

VENCE EL TRASLADO: LUNES, 15 DE FEBRERO DE 2021, A LAS 5:00 P.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
Secretaria General

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso

E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 6642718

Fwd: CONTESTACIÓN N. Y R. DEL DERECHO - 13 001 23 33 0002019 00453 00

klein caraballo <kleincaraballo@gmail.com>

Vie 15/01/2021 4:41 PM

Para: Notificaciones Despacho 05 Tribunal Administrativo - Bolivar - Cartagena <desta05bol@notificacionesrj.gov.co>

 3 archivos adjuntos (15 MB)

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO-1-1.pdf; Poder-Unión Temporal Crecer por Colombia.pdf; contestación Unión Temporal.pdf;

----- Forwarded message -----

De: klein caraballo <kleincaraballo@gmail.com>

Date: vie, 15 ene 2021 a las 16:35

Subject: CONTESTACIÓN N. Y R. DEL DERECHO - 13 001 23 33 0002019 00453 00

To: <des05tabolivar@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: <fajardoabogadosnotificaciones@gmail.com>

Doctor

José Rafael Guerrero Leal

H. MAGISTRADO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

E. S. D.

Email:

Asunto: Contestación Demanda de N. y R. del Derecho

Demandante: Unión Temporal Crecer por Colombia 2019

Demandado: Distrito de Cartagena

Radicado No.: 13 001 23 33 000 2019 00453 00

KLEYN BERNARDO MELENDEZ CARABALLO, mayor de edad, residente en esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 73.209.509 de Cartagena y Portador de la Tarjeta Profesional No. 265200 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, allego CONTESTACIÓN del Medio de Control de N. y R. del Derecho de la referencia.

Adjunto:

1-Contestación de la demanda en 1 a 41 folios útiles y suscritos.

2-Poder y anexos en 22 folios.

3. Expediente administrativo de 1 a 210 folios útiles y suscritos.

Solicito confirmar el recibido del presente correo.

Atentamente,

KLEYN B. MELENDEZ CARABALLO

APODERADO DEL DISTRITO DE CARTAGENA

Doctor
José Rafael Guerrero Leal
H. MAGISTRADO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
Ciudad

Asunto: Contestación Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Unión Temporal Crecer por Colombia 2019
Demandando: Distrito de Cartagena
Radicado No.: 13 001 23 33 **000 2019 00453 00**

KLEYN BERNARDO MELENDEZ CARABALLO, mayor de edad, residente en esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 73.209.509 de Cartagena y Portador de la Tarjeta Profesional No. 265200 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, según consta en el poder otorgado por la JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA DEL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, Dra. MYRNA ELVIRA MARTINEZ MAYORGA, acordes con las resoluciones de nombramiento, acta de posesión y las facultades conferidas por el Decreto 0228 de 2009, ratificado mediante el Decreto 0715 del 12 de mayo de 2017 adjuntos, de manera atenta y respetuosa procedo a dar contestación de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia, exponiendo para su conocimiento los siguientes argumentos, con el fin de que sean tenidos en cuenta al momento de proferir sentencia dentro del asunto de la referencia:

TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

La presente acción fue notificada, mediante correo electrónico el 2 de octubre de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 y 199 del CPACA, el término del traslado es de 30 días, el cual sólo comenzará a correr al vencimiento del término común de 25 días después de surtirse la última notificación; razón por la cual contando desde aquella fecha hasta el día de hoy se colige que la presente contestación se incorpora al expediente dentro de la oportunidad legal.

RESPUESTA A LOS HECHOS

AL HECHO 1: CIERTO y se aclara que la Resolución 061 del 11 de enero de 2019, que ordenó la apertura del proceso de licitación pública LIC-PUB-013-SED-2018, dicha resolución fue revocada mediante la Resolución 0097 del 11 de enero de 2019.

AL HECHO 2: CIERTO y se aclara que, si bien fueron publicadas las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, por error involuntario no se conformó el consolidado de respuestas al total de observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones y la entidad en aras de garantizar el debido proceso de los oferentes y con el fin dar respuesta a la integridad de observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones, así como salvaguardar los principios de la contratación estatal expidió la Resolución 097 de 2019 que revocó la apertura de la Licitación Pública LIC-PUB-013-SED-2018, antes de que los interesados presentaran sus ofertas.

AL HECHO 3: CIERTO.

AL HECHO: 4: CIERTO PARCIALMENTE solo en lo relacionado en la publicación de observaciones al proyecto de pliego de condiciones, no obstante, la entidad dio respuesta a todos y cada una de las observaciones planteadas al proyecto de pliego de condiciones. De otro lado, NO ES CIERTO, en este hecho lo relacionado a las observaciones realizadas por el demandante al proyecto de pliego de condiciones, guardó silencio y aceptó todas las reglas establecidas en los pliegos de condiciones.

AL HECHO 5: El mencionado hecho esta conformado por tres aspectos o hechos diferentes que manifestó el demandante los cuales contesto de la siguiente manera:

i) **CIERTO** en relación con el hecho de que la entidad público el consolidado de respuestas a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018, LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018, OBJETO: CONTRATAR LA PRESTACION DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR CONSISTENTE EN LA ENTREGA DIARIA DE COMPLEMENTO ALIMENTARIO PREPARADO EN SITIO TIPO ALMUERZO Y RACION INDUSTRIALIZADA PARA LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES FOCALIZADOS Y REGISTRADOS EN EL SIMAT COMO ESTUDIANTES OFICIALES DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, A TODO COSTO Y ACORDE CON LOS LINEAMIENTOS TÉCNICOS, ADMINISTRATIVOS Y ESTÁNDARES DEL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR – PAE.

ii) **NO ES CIERTO** en lo relacionado al hecho de que la entidad hubiera expresado manifestación alguna en el sentido de aceptar que el exigir una bodega corresponda a la fase de alistamiento y limitara la libre concurrencia de los proponentes, resaltando que dentro del consolidado de respuestas a las observaciones del proyecto de pliego de condiciones DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018 NO se advierte tal afirmación y ni reconocimiento en tal sentido por parte de la entidad.

iii) **CIERTO** con relación a la expedición de la Resolución 0172 del 16 de enero de 2019, que ordena una nueva apertura del proceso de LA LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018

AL HECHO 6: CIERTO.

AL HECHO 7: CIERTO, el demandante reconoce en este hecho que su propuesta quedo **INHABILITADA** por no cumplir con los requisitos de capacidad jurídica y capacidad técnica, situación que demuestra que su propuesta no cumplió con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones lo que impidió que continuara en el proceso de adjudicación, porque su propuesta no fue favorable a los intereses de la entidad.

Adicionalmente, cabe aclarar al Despacho que **el 6 de febrero del 2019, se publicó los informes de evaluación financiera, jurídica y técnica,** teniendo el demandante especial falencia en cuanto a los requisitos de las evaluaciones jurídica y técnica, por lo que su propuesta quedo calificada como NO HABILITADA.

Sin embargo, la entidad mediante la Resolución 0798 del 7 de febrero de 2019, ordenó sanear el proceso de contratación de Licitación Pública, ordenándose publicar nuevamente los informes de evaluación financiera, jurídica y técnica **el 8 de febrero del 2019 y se estableció un nuevo cronograma de actividades dentro del proceso de selección.**

En el **informe de evaluación jurídica** se le indicó al demandante la falta de suficiencia del representante legal, el cual estaba limitado para suscribir contrato y no tenía autorización para ello, así como también se le indicó que el proponente no cumplió con su obligación al pago de aportes a seguridad social, en razón de que el representante legal y suplente de la Unión Temporal no se encontraban afiliados al sistema de seguridad social.

En el **Informe de Evaluación Técnica,** se le indicó al proponente que no cumplía con una serie de aspectos, tales como el no cumplimiento de la ración Industrializada de suministro de alimentos, no cumplimiento de Almuerzo-Ración para prepara en sitio propio, no cumplimiento para el transporte de alimentos y personal administrativo u operativo, así como una serie de observaciones que debía subsanar.

Por lo que de conformidad con el pliego de condiciones, se le otorgó al demandante el termino establecido en el cronograma de pliego de condiciones para que subsanara los defectos anotados en los informes de evaluación jurídica, técnica y financiera, no cumpliendo el demandante con su carga de subsanar dichos defectos, por lo que al ser el único proponente y su oferta no resultaba admisible con los factores jurídicos y técnicos, por lo que la entidad estaba en la obligación de dar aplicabilidad al numeral 4.7, del literal b), del pliego de condiciones el cual prescribe:

4.7. Declaratoria de Desierta.

Dentro del mismo plazo para la adjudicación, el Distrito declarará desierta la selección en los siguientes casos:

- a. Cuando no se presenten propuestas.
- b. Cuando ninguna de las ofertas resulte admisible en los factores jurídicos, técnicos, financieros y de experiencia previstos en el pliego de condiciones.**
- c. Cuando existan causas o motivos que impidan la escogencia objetiva del oferente.
- d. En el evento que el Ordenador del Gasto o su Delegado no acoja lo recomendación del Comité Evaluador y opte por la declaratoria de desierta del proceso, caso en el cual deberá motivar su decisión.
- e. Las demás contempladas en Ley.

LA HECHO 8: CIERTO en lo relacionado Solo a la presentación de escrito de subsanción por parte de la demandada, la cual fue presentada el **15 de febrero del 2019, no conforme al cronograma establecido en el pliego de condiciones definitivo (término para subsanar hasta el 13 de febrero del 2019). Teniendo en cuenta que los plazos de los Procesos de Contratación son preclusivos y perentorios.**

El cronograma de pliego de condiciones definitivos estableció como término para subsanar, máximo hasta 13 de febrero de 2019.

Publicación pliego de condiciones definitivo	16 de enero de 2019	www.contratos.gov.co
Audiencia de asignación de Riesgos y aclaración de pliegos.	18 de enero de 2019 Hora: 2:00 P.M	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co
Plazo máximo para expedir adendas	22 de enero de 2019	www.contratos.gov.co
Presentación de Ofertas	29 de enero de 2019 Hora: 9.00 am	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co
Evaluación de Ofertas	Del 30 de enero al 5 de febrero de 2019	
Visita Bodegas	Dentro del plazo establecido para análisis de propuestas	Lugar en que se encuentre en la propuesta
Publicación del informe de evaluación de las Ofertas	6 de febrero de 2019	www.contratos.gov.co
Traslado del informe de evaluación de las Ofertas	Del 6 de febrero al 13 de febrero de 2019	www.contratos.gov.co
Presentación de observaciones al informe de evaluación de las Ofertas	Hasta el 13 de febrero de 2019 hasta las 7.00 P.M.	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Oficina Jurídica – Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co
Termino para Subsanar	Hasta el 13 de febrero de 2019	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Oficina Jurídica – Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico:

		observaciones.uac@cartagena.gov.co
Informe definitivo de evaluación de las propuestas	15 de febrero de 2019 Hasta las 7:00 P.M.	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Oficina Jurídica – Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co www.contratos.gov.co
Audiencia de Adjudicación	18 de febrero de 2019 Hora: 09:00 am	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA
Firma del contrato	19 de febrero de 2019	

Fuente: Pliego de condiciones definitivos publicados el 16 de enero de 2019. LIC-PUB-013-SED-2018

Posteriormente, mediante la Resolución 0789 del 7 de febrero de 2019, se modificaron los pliegos de condiciones en lo relacionado al cronograma y se estableció como **término para subsanar hasta el 15 de febrero de 2019, modificación que no era procedente toda vez que los pliegos de condiciones se modifican solo mediante Adendas y no por actos administrativos aislados.**

Cabe resaltar, que el demandante presentó su escrito de subsanación de forma extemporanea, es decir, **por fuera de las reglas establecidas en el pliego de condiciones**, en razón de que la Resolución 0798 de 7 de febrero de 2019 **no tiene la fuerza para modificar el pliego de condiciones**, sino que el pliego de condiciones debe ser **modificado únicamente mediante ADENDA y antes de la presentación de las ofertas y excepcionalmente es modifiable con posterioridad al cierre de las recepciones de las ofertas, únicamente respecto al cronograma del pliego de condiciones definitivos pero solo hasta tres (3) días antes de la adjudicación.**

Sin embargo, dentro del proceso de selección de licitación pública se advierte la Adenda No. 1 del **18 de febrero de 2019**, la cual tuvo por finalidad modificar el cronograma del proceso de pliego de condiciones definitivos específicamente respecto al plazo para presentar subsanaciones, es decir, dos días después de que el demandante había presentado su subsanación extemporanea **el 15 de febrero de 2019**.

Cabe resaltar, que la Adenda del 18 de febrero de 2019 se expidió y público, **el mismo día en que se llevaría a cabo la audiencia de adjudicación (18 de febrero de 2019), contrariando lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015**

Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo **en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación.**

Adicionalmente, señala el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”:

ARTÍCULO 89. EXPEDICIÓN DE ADENDAS. El inciso 2o del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

“Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. **En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo.** La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales”.

Lo anterior, indica que para modificar el cronograma de los pliegos de condiciones definitivos se debe realizar con (3) tres días de anticipación a la adjudicación del contrato y no como se realizó en el presente asunto, estableciéndose un nuevo plazo para subsanar la falta de capacidad jurídica y técnica de la demanda en una nueva fecha, cuando la realidad del asunto es que la demandante presentó la subsanación de manera extemporánea.

Además, la Adenda No. 1 de 18 de febrero de 2019, se expidió después que el demandante presentara su subsunción extemporánea (esto es el 15 de febrero de 2019) y elaborada el mismo día en que se llevaría a cabo la audiencia de adjudicación el 28 de febrero de 2019.

Lo que causa extrañeza que el cronograma se ajustara con nuevas fechas de subsanación, cuando el demandante había presentado **el 15 de febrero de 2019** su escrito de subsanación por fuera del termino establecido en el pliego de condiciones definitivo, **esto es 13 de febrero del 2019.**

Sin embargo, en el evento de que se tenga que su escrito de subsanacione fue presentado en termino, el accionante **NO SUBSANÓ ni material y ni formalmente su falta de capacidad jurídica y ni técnica.**

Respecto a su falta de capacidad jurídica por no acreditar el pago de aportes a seguridad social del representante legal y suplente de la Unión Temporal Crecer por Colombia, así como tampoco subsanó su falta de capacidad técnica, relacionado con contar con las bodegas exigidas en el pliego de condiciones para el almacenamiento de los alimentos que se suministrarían a todos los estudiantes de las instituciones públicas del Distrito de Cartagena cobijadas en el Programa de Alimentación Escolar-PAE.

La oferta del demandante al no ser subsana luego de la verificación inicial respecto del NO cumplimiento en los aspectos jurídicos, financiero, administrativos y técnicos, su oferta quedó CALIFICADA COMO NO HABILITADA, por lo cual quedó por fuera del proceso de selección de contratistas, por la propia conducta del demandante de no subsanar los defectos que se le indicó.

En ese sentido, la entidad dio cumplimiento a lo establecido en el pliego de condiciones en su numeral quinto (v) sobre requisitos habilitantes, el cual prescribe:

“V REQUISITOS HABILITANTES

La verificación y evaluación de las propuestas se efectuará a través de un estudio jurídico, financiero, económico y técnico, el cual se realizará dentro del plazo establecido en el cronograma inserto en estos pliegos. Tal procedimiento comprenderá una verificación inicial respecto del cumplimiento en los aspectos jurídicos, financiero, administrativos y técnicos, cada uno de los cuales serán factor HABITADO o NO HABILITADO, es decir, que de no cumplir con las exigencias hechas tales aspectos, y de no subsanarse oportunamente los aspectos formales, la propuesta será calificada como NO HABILITADA y por ende, quedara por fuera del proceso. De quedar habilitada la propuesta el oferente seguirá en el proceso y pasará a la etapa de puntuación o ponderación de la misma, según los criterios y puntuaciones establecidos en estos pliegos. El contrato se adjudicará a la propuesta mejor calificada y que por ello resulte ser la más favorable para el Distrito de Cartagena y para los fines que se pretenden satisfacer con esta contratación.

Por mandato del artículo 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, la evaluación de los requisitos habilitantes le permitirá al Distrito de Cartagena medir la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

AL HECHO 9: CIERTO, en el informe final de evaluación jurídica, financiera y técnica, se observa que la propuesta del demandante **no cumple con los requisitos de capacidad jurídica y ni de capacidad técnica, tales observaciones no fueron subsanadas por el demandante**, por lo cual fue calificada como NO HABILITADA, teniendo como consecuencia que su propuesta quedara por fuera del proceso de selección de contratista y al no existir otra propuesta, fue inevitable declarar desierto el proceso de licitación pública.

AL HECHO 10: CIERTO, el demandante reconoce y confiesa que al no quedar habilitada su propuesta, la entidad estaba en la obligación de declarar desierto el proceso de Licitación Pública LIC-PUB-013-SED-2018.

AL HECHO 11: CIERTO.

AL HECHO 12: CIERTO el demandante reconoce que se hacía necesario confirmar la decisión de declaratoria de desierto del proceso de Licitación Pública LIC-PUB-013-SED-2018, debido a que el demandante como único oferente quedo NO HABILITADO.

RESPUESTA A LAS PRETENSIONES

A LA PRIMERA PRETENSIÓN: Nos oponemos a que se declare la nulidad de las Resoluciones 1278 de 19 de febrero de 2019 y la 2221 de 14 de marzo de 2019, puesto que no existe fundamento legal que de conformidad a su forma y contenido, desvirtúe la presunción de legalidad que los reviste.

Además, la pretensión alegada debe ser rechazada, teniendo en cuenta que la propuesta presentada por el demandante no cumplió con los requisitos habilitantes para continuar en el proceso de selección de contratista y la misma resultó NO HABILITADA en virtud de la propia conducta del demandante en no corregir las falencias de esta de forma adecuada y oportuna.

Por consiguiente, al ser la única oferta presentada y el demandante al no subsanar los defectos que se le anotaron, allegada la fecha de adjudicación, sin que el demandante subsane las falencias de su oferta, resultó necesario declarar desierto el proceso de licitación por no existir otra oferta habilitada para seleccionar, encontrándose los actos acusados ajustados al debido proceso administrativo, a los principios de la contratación estatal y de la función pública constitucionales.

Las Resoluciones 1278 de 19 de febrero de 2019 y la 2221 de 14 de marzo de 2019, están acorde con las normas constitucionales y legales vigentes que regulan la materia y sobre los actos administrativos acusados no recae causal alguna para declarar su nulidad, por lo tanto, se solicita que se absuelva al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL CARTAGENA DE INDIAS de todo cargo y condena.

A LA SEGUNDA PRETENSIÓN: Nos oponemos a las pretensiones formuladas, y solicitamos su rechazo, en razón de que no le asiste derecho alguno de adjudicación de contrato al demandante, porque su oferta no fue la más favorable para su escogencia, resulto NO HABILITADA, por falta de capacidad jurídica y falta de capacidad técnica del proponente, es decir, su oferta no pasó de la primera fase de evaluación, se le otorgó al demandante un plazo para que subsanara su oferta y llegada la fecha de adjudicación NO corrigió las falencias que le fueron advertidas, por ende, al ser la única oferta presentada, no era necesario continuar con un proceso sin ofertante habilitado.

Adicionalmente, dentro del plenario no existe prueba alguna que la propuesta del demandante fuera la más favorable, el hecho de que fuera la única oferta presentada, no le asiste de forma automática derecho alguno de adjudicación, si la misma no cumple con los requisitos exigidos en la ley, en el pliego de condiciones definitivos y demás documentos precontractuales del proceso de selección de contratista.

En consecuencia, La entidad que represento no está obligada a reconocer y pagar prestaciones económicas alguna y ningún otro emolumento, ni lucro cesante futuro, ni utilidades de proyecto dejados de percibir de quien resulto con su oferta como NO HABILITADA, es decir, no le asiste derecho alguno de adjudicación, en razón de que su oferta resultó NO ser la mas favorables y, además, no se encuentran acreditados los requisitos legales, ni los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y demás documentos precontractuales para que proceda la adjudicación alegada por el demandante, existiendo especial falencia probatoria por parte del demandante frente a dicha pretensión.

Po lo anterior, mi poderdante no está obligada a reconocer y pagar suma alguna a quien no le asiste el derecho adjudicación y a quien no cumplió con su carga de demostrar que la oferta presentada era la más favorable para ser seleccionada, por lo que se deben desestimar las pretensiones de condena alegas.

A LA TERCERA PRETENSIÓN: Me opongo a esta pretensión, por ser consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, en razón que no le asiste derecho alguno de adjudicación al demandante por falta de capacidad técnica y jurídica del proponente, así como también, dentro del plenario no existe prueba alguna de que la oferta presentada fuera la más favorable a la entidad, por la que solicitamos respetuosamente su rechazo.

A LA CUARTA PRETENSIÓN: me opongo a esta pretensión, por ser consecuencial a las anteriores, en los términos expuestos precedentemente, y en consecuencia, solicitamos respetuosamente su rechazo.

FUNDAMENTACION FACTICA Y JURIDICA DE NUESTRA DEFENSA

El Distrito de Cartagena se opone a la prosperidad de las pretensiones, teniendo en cuenta que Los actos administrativos acusados, no vulneran los artículos constitucionales 2, 4, 13, 29, 123, 209 y 333 de la CN, así como tampoco vulnera la Ley 80 de 1993, ni la Ley 1882 de 2018, ni el Decreto 1082 de 2015 y ni los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011. Conforme lo expondré a continuación:

1. Naturaleza de los pliegos de condiciones. Reiteración de jurisprudencia¹

Los pliegos de condiciones son el principal instrumento normativo que rige las licitaciones públicas. Teniendo en cuenta que establecen los parámetros o reglas que deben seguir los proponentes al momento de presentar sus propuestas y, además, los pliegos de condiciones garantizan la materialización del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, así como también garantizar los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad.

El pliego contiene dos tipos de preceptos que vale la pena identificar: **i) los de regulación del procedimiento administrativo de selección del contratista, que garantizan los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva**, ya que en ellos es preciso que se identifique y describa de manera clara la necesidad pública que se requiere satisfacer, esto es, el objeto del contrato a suscribir, **así como los parámetros de calificación o evaluación que serán tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas**, los cuales deben ser precisos, claros, justos y objetivos, sin que se permita introducir factores subjetivos por parte de la administración contratante, así como las etapas y los plazos en que se adelantará el respectivo proceso, y **ii) los propios del negocio jurídico**, es decir, aquellos que

¹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Subsección C, Sentencia del 27 de enero de 2016, radicado: 15001-23-31-000-2007-00640-01(54919), C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

se imbricarán o insertarán al texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, en los que se destacarán el objeto, plazo, precio, cláusulas exorbitantes²

De lo anterior se infiere que los pliegos de condiciones tienen una doble naturaleza jurídica, de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, es en un acto administrativo que regula el proceso de selección del contratista **y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes** y, de otra parte, cuando es celebrado el contrato, los pliegos de condiciones se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico celebrado.

Cabe resaltar, que el pliego de condiciones es ley obligatoria tanto para la entidad, así como para todos los oferentes participantes en el proceso de selección de contratista, al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 24 de julio de 2013³, considero:

En esa perspectiva, **el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista**, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, **con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección**, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.

El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, **todo su contenido es obligatorio para las partes**, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo

Decantado lo anterior, se indica que los proponentes, como la administración, quedan sometidos de forma imperativa a los preceptos que conforman el pliego de condiciones, siendo ley para las partes y de obligatorio cumplimiento, por ende, tales reglas deben ser acatadas por los participantes, a efectos de garantizar los principios de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva.

2. Criterios de evaluación: principio de transparencia y principio de objetividad en la selección del contratista. Reiteración de jurisprudencia.⁴

Uno de los asuntos que necesariamente debe estar delimitado de forma precisa en el pliego de condiciones, es el referente a los criterios de evaluación que guiarán al comité conformado para analizar, calificar las propuestas y determinar el adjudicatario del contrato.

El adecuado desarrollo de este aspecto en los pliegos permite la materialización del principio de transparencia que impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue.

Por consiguiente, en el Pliego de condiciones definitivos publicados el 16 de enero de 2019, en el numeral 6.1, se indicó:

VI. EVALUACION DE OFERTAS

6.1. Comité Evaluador

EL DISTRITO, designara un Comité Evaluador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del decreto 1082 de 2015, el cual estará **encargado de verificar**

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, radicado: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642), C.P.: Enrique Gil Botero.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de julio de 2013, radicado: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642), C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2015

el cumplimiento de los requisitos de presentación de las propuestas y **los habilitantes**, evaluar y calificar las propuestas recibidas, establecer el orden de elegibilidad y resolver las observaciones que formulen los Proponentes, todo dentro de los términos establecidos en la Ley y en los Pliegos de Condiciones y sus Adendas. **Las Propuestas presentadas por los Oferentes, que hayan acreditado los requisitos de presentación de propuestas y los habilitantes exigidos en este documento, serán evaluados por el Distrito.**

El Comité de evaluación es el órgano encargado de evaluar las ofertas y en el numeral 6.2, del pliego de condiciones definitivos, se indicó la forma de evaluar las ofertas, al respecto prescribe dicho numeral:

6.2. Evaluación de las Ofertas

Una vez efectuado el cierre, **el Comité designado efectuará la evaluación de las propuestas presentadas, verificando que cumplan con los requisitos habilitantes de contenido jurídico, técnico y financiero.**

La Alcaldía de Cartagena se reserva la facultad de verificar toda la información presentada en las propuestas, para lo cual solicitará por cualquier medio idóneo, a los proponentes y/o a las entidades estatales y privadas, la información que considere necesaria y que requiera para tal efecto. **En ningún caso la información solicitada podrá completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.**

El plazo señalado en este pliego de condiciones para efectuar la evaluación, podrá prorrogarse mediante acto motivado.

Con relación a la verificación de los requisitos habilitantes de las ofertas se señaló en el numeral 6.3 del pliego de condiciones definitivos:

6.3 Verificación de Requisitos Habilitantes

Una vez efectuada la apertura de los sobres que contengan los documentos habilitantes, se procederá a realizar **la verificación de requisitos habilitantes** jurídicos, de experiencia, financieros y capacidad organizacional a partir de dichos documentos, **con el fin de determinar, de acuerdo con la Ley y las exigencias del pliego de condiciones, cuales propuestas se encuentran “HABILITADAS”,** de acuerdo con los siguientes criterios:

Requisitos Habilitantes	Resultados
De contenido jurídico	Habilitado/No habilitado
Experiencia	Habilitado/No habilitado
Financieros	Habilitado/No habilitado
Capacidad Organizacional	Habilitado/No habilitado

La documentación técnica requerida en el presente pliego de condiciones se constituye como la mínima requerida, en tal sentido la no presentación de la misma hará que la propuesta sea verificada como NO HABILITADO, lo que generará el rechazo de la misma.

Por consiguiente, al delimitarse en el pliego de condiciones definitivos los preceptos que deben guiar la estructuración de las propuestas y la fijación de unos criterios de evaluación claros, permitieron que la actividad desplegada por el comité asesor de la entidad fue dentro del marco de una actividad reglada, pues la evaluación y calificación de las propuestas presentadas no se sujetó a criterios caprichosos y ni subjetivos fijados a su arbitrio, sino que por el contrario se siguió por unos criterios objetivos y en estrictos cumplimiento a los parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones.

Por tanto, los informes de calificaciones y evaluaciones de la propuesta, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas, se realizaron conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones.

En el pliego de condiciones definitivos en el numeral 6.4, se estableció que:

“el resultado de la verificación de los requisitos habilitantes se publicará en el Portal Colombia Compra Eficiente y en el Portal Contratación a la Vista (www.colombiacompra.gov.co). **En dicho informe se señalarán los proponentes que no se consideran habilitados y a los cuales se les concederá un plazo para que subsanen la ausencia de requisitos o la falta de documentos habilitantes, de conformidad con los términos señalados en el cronograma del proceso, so pena del rechazo definitivo de sus propuestas.**

Luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, si a ello hubiere lugar, se procederá de conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

*Se considerara que las propuestas que cumplan con todos y cada uno de los requisitos habilitantes de contenido jurídico, técnico, financiero y organizacional, seguirá al siguiente proceso de evaluación, que consiste en la ponderación precisa y detallada de las propuestas. **Las propuestas que no cumplieron con alguno o algunos de los requisitos habilitantes establecidos se consideraran NO hábiles y no continuarán en el proceso de evaluación.***

3. DE LA SUBSANABILIDAD DE LAS PROPUESTAS

La Ley 1150 de 2007 señala 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 consecuencia, 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.**

Al respecto indica el parágrafo 1, del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, al prescribir:

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. (...)

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.

De lo anterior, implica que el derecho a subsanar la oferta no indica que se tenga el derecho a modificar y ni ha mejorar la oferta, además, de que los proponentes después del cierre del proceso de recepción de las propuestas no puedan acreditar una circunstancia ocurrida con posterioridad, en razón de que la misma constituye una mejora y/o modificación de su oferta, toda vez que esta una vez presentada a la entidad se entiende que es irrevocable e inmodificable por parte del proponente, debido a la garantía de seriedad de la propuesta y también en virtud de la protección a los principios de igualdad de la libre concurrencia de los diferentes oferente y respecto al principio de transparencia, para evitar modificaciones ocultas de las propuestas con posterioridad al cierre de las recepciones de las oferta.

Ahora bien, en virtud del principio de selección objetiva los factores de escogencia y calificación deben tener en cuenta que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

De conformidad con lo anterior, el Consejo de Estado señala que la subsanación de las ofertas **no es un derecho ilimitado del proponente**, sino que por el contrario se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial.

EL Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, Sentencia del 24 de julio de 2013, consideró:

"Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó recientemente que, a la luz de esta última disposición (Ley 1150 de 2007), " ... la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc ", por vía de ejemplo, son subsanables, porque no otorgan puntaje.

En cambio, si se trata de la ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, **la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.**

Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva que, como se dijo párrafos atrás, inspiran la actividad contractual del Estado. No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados.

En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes **y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.**

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, pues entonces se estaría hablando de complementación, adición o mejora de la oferta de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones (art. 30, núm. 6, Ley 80 de 1993); **por ende, al momento de presentar la propuesta se deben cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación (requisitos habilitantes) y se deben aportar los documentos que, atendiendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, establezcan los pliegos de condiciones,** de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende celebrar, para que la propuesta, en su integridad, pueda ser analizada y evaluada por la administración eficazmente y con austeridad de medios y dé gastos (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993). "

Finalmente, el Consejo de Estado ha reiterado lo siguiente que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, **no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer,** porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta,

lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...) **Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas**, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; **por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir.**”

EXCEPCIONES

1. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO

Las pretensiones de la demanda deben ser rechazadas en razón de que no le asiste al demandante derecho alguno de adjudicación del proceso de contratación LA LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018, LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018, OBJETO: CONTRATAR LA PRESTACION DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR CONSISTENTE EN LA ENTREGA DIARIA DE COMPLEMENTO ALIMENTARIO PREPARADO EN SITIO TIPO ALMUERZO Y RACION INDUSTRIALIZADA PARA LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES FOCALIZADOS Y REGISTRADOS EN EL SIMAT COMO ESTUDIANTES OFICIALES DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, A TODO COSTO Y ACORDE CON LOS LINEAMIENTOS TÉCNICOS, ADMINISTRATIVOS Y ESTÁNDARES DEL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR – PAE.

Para la demostración de esta excepción la dividiré en cuatro puntos: **i)** la primera referente a la no acreditación por parte del demandante de su capacidad jurídica-es decir la no demostración de allegar los pagos de seguridad social de su representante legal y suplente con competencia para suscribir el posible contrato, **ii)** la falta de capacidad técnica, es decir, la falta de capacidad instalada-de carencia de bodegas exigidas conforme al pliego de condiciones definitivos, **la iii)** tercera parte frente a las deficiencias de la subsanación por parte del demandante y el **iv)** las conclusiones de dicha excepción de inexistencia del derecho.

I) Respecto a la Falta de Capacidad Jurídica-NO acreditación de aportes de seguridad social del proponente con el cual se suscribiría el contrato.

El demandante cuestiona los actos administrativos acusados, alegando que la oferta presentada por la UNIÓN TEMPORAL CRECER POR COLOMBIA 2019, debió ser habilitada, manifestando que frente al requisito de capacidad técnica- el exigir bodegas se torna un requisito excluyentes y limitantes frente a la capacidad de ofertar y respecto al **requisito de capacidad jurídica** señaló que no es exigible a su representante legal y su suplente de la Unión temporal, certificar el pago al Sistema de la Seguridad Social y aportes parafiscales, alegando que estos al no tener una vinculación laboral con ninguna de las empresas que integra la unión temporal, así como tampoco es empleado de la unión temporal, sino que tiene una vinculación mediante un contrato de mandato gratuito y en virtud de dicho contrato de mandato gratuito no esta obligado a pagar seguridad social.

Ahora bien, dentro del presente asunto se resalta que en los estudios previos publicados el 16 de enero de 2019 en conjunto con el pliego de condiciones definitivos se indicó los criterios para seleccionar la oferta más favorable, los cuales se indicó:

3.6. CRITERIOS PARA SELECCIONAR LA OFERTA MÁS FAVORABLE.

Entre los criterios de verificación, habilitación y evaluación de las propuestas se tiene:

- ✓ **Capacidad jurídica: Habilitado / No Habilitado**
- ✓ **Capacidad Técnica: Habilitado / No Habilitado**
- ✓ Condiciones de experiencia: Habilitado / No Habilitado
- ✓ Capacidad financiera: Habilitado / No Habilitado
- ✓ Capacidad Organizacional: Habilitado / No Habilitado

Los factores de escogencia para determinar la oferta más favorable para el Distrito de Cartagena de Indias, que serán objeto de calificación y se evaluarán por parte de la entidad, son los elementos calidad y precio, soportados en puntajes establecidos en el pliego de condiciones para el efecto.

Para la determinación del puntaje de la evaluación económica solo se tendrán en cuenta las ofertas hábiles, es decir, aquellas que cumplan todos los aspectos técnicos, jurídicos y financieros.

3.6.1 Requisitos habilitantes, constituyen un filtro y permiten pasa a la segunda fase de evaluación

Teniendo en cuenta que el presente asunto se debate por parte del demandante que su oferta debió ser habilitada, tal situación por si sola no le da el derecho a reclamar la adjudicación, toda vez que su oferta no pasó de la primera fase respecto de los requisitos mínimos habilitantes, los cuales el demandante no cumplió y se negó a subsanar, no pasando su propuesta a la segunda fase y ni esta acreditado dentro del proceso y ni exista prueba de que el demandante obtuviera el puntaje máximo para que se le adjudicara el contrato, existe dentro del plenario especial falencia en cuanto a que la propuesta del demandante fuera la más idónea, sino que por el contrario esta demostrado dentro del expediente que la oferta del demandante no cumplió con los requisitos mínimos habilitantes que le permitieran seguir en el proceso de selección y al ser el único oferente, no era dable continuar un proceso sin otra propuesta que evaluar, por lo que la declaratoria de desierta de la licitación se encuentra ajustada al Derecho.

Ahora bien, en el pliego de condiciones definitivos publicado el 16 de enero de 2019, se establecieron los criterios de verificación, habilitación y evaluación, en el pliego de condiciones definitivos se acogieron en el Numeral 4, prescribió como una regla aplicable y de obligatorio cumplimiento al proceso de selección, la siguiente:

“V REQUISITOS HABILITANTES

La verificación y evaluación de las propuestas se efectuará a través de un estudio jurídico, financiero, económico y técnico, el cual se realizará dentro del plazo establecido en el cronograma inserto en estos pliegos. Tal procedimiento comprenderá una verificación inicial respecto del cumplimiento en los aspectos jurídicos, financiero, administrativos y técnicos, cada uno de los cuales serán factor HABILITADO O NO HABILITADO, es decir, que de no cumplir con las exigencias hechas tales aspectos, y de no subsanarse oportunamente los aspectos formales, la propuesta será calificada como NO HABILITADA y por ende, quedara por fuera del proceso. De quedar habilitada la propuesta el oferente seguirá en el proceso y pasará a la etapa de puntuación o ponderación de la misma, según los criterios y puntuaciones establecidos en estos pliegos. El contrato se adjudicará a la propuesta mejor calificada y que por ello resulte ser la más favorable para el Distrito de Cartagena y para los fines que se pretenden satisfacer con esta contratación.

Por mandato del artículo 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, la evaluación de los requisitos habilitantes le permitirá al Distrito de Cartagena medir la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

Adicionalmente, en lo estudios previos se indicó respecto a los documentos habilitantes en el numeral 3.6.1.1, consideró:

3.6.1.1. DOCUMENTOS HABILITANTES JURÍDICOS DE LA PROPUESTA

La propuesta deberá conformarse con los documentos que se relacionan a continuación:
(...)

Certificación sobre el cumplimiento de aportes de seguridad social y aportes parafiscales

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, el proponente deberá acreditar el cumplimiento de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de presentación de su propuesta, presentando copia de los pagos realizados al sistema de seguridad social y parafiscales. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

(...)

Cuando el proponente sea un Consorcio o una Unión Temporal, cada una de las personas naturales o jurídicas que lo integran deberá certificar que se encuentra en cumplimiento de la anterior obligación al momento de iniciación del proceso de selección, y en el evento de resultar adjudicatarios, al momento de suscribir el contrato correspondiente.

En caso de presentar acuerdo de pago el proponente singular o alguno o algunos de los integrantes del proponente plural con las entidades recaudadoras respecto de alguna de las obligaciones mencionadas deberá manifestar que existe el acuerdo y que se encuentra al día en el cumplimiento del mismo. En este evento el oferente deberá anexar copia del acuerdo de pago correspondiente y el comprobante de pago soporte del mes anterior al cierre del proceso licitatorio.

Criterio que esta en consonancia con el numeral 5.1.8 del pliego de condiciones definitivos publicado el 16 de enero de 2016, el cual señalo los documentos habilitantes mínimos de las Uniones temporal:

5.1.8 Documento de constitución de consorcio o unión temporal.

Los proponentes podrán presentar propuestas conjuntas en calidad de consorcio o unión temporal, lo cual deberá indicarse expresamente, conforme a lo señalado en el párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993.

Cuando la propuesta se presente en consorcio o unión temporal, se requiere:

(...)

m. Certificación de cumplimiento de pago de aportes a la seguridad social y parafiscal.
El proponente, deberá entregar certificación de cumplimiento de sus obligaciones con los sistemas de salud, pensión, riesgos laborales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- dando cumplimiento a lo estipulado en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, para lo cual deberá tener en cuenta:

1 Si el proponente es una persona jurídica, deberá presentar una certificación expedida por el revisor fiscal, cuando éste deba existir de acuerdo a la ley o por determinación estatutaria, y en su defecto por el representante legal, certificación que deberá cobijar al menos los últimos seis (6) cuando no se requiera revisor fiscal. Se debe anexar copia de la cédula de ciudadanía, tarjeta profesional y certificado de vigencia de la tarjeta del revisor fiscal.

2 El documento mencionado deberá certificar que a la fecha de presentación de su propuesta, el proponente ha realizado el pago de los aportes correspondientes a la nómina de los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de cierre, aportando las copias de las planillas de autoliquidación de aportes.

3 Cuando el proponente no esté obligado al pago de aportes parafiscales, por virtud de estar sometido al pago del impuesto CREE, deberá suplir el certificado, con copia de la última declaración del CREE a que estuvo obligado a presentar.

4 En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

5 Se verificará únicamente la acreditación del respectivo pago a la fecha de presentación de la propuesta, sin perjuicio de los efectos generados ante las entidades recaudadoras por el no pago dentro de las fechas establecidas en las normas vigentes.

6 En caso de presentar acuerdo de pago con las entidades recaudadoras respecto de alguna de las obligaciones mencionadas, el proponente deberá manifestar que existe el acuerdo y que se encuentra al día en el cumplimiento del mismo.

7 Cuando se trate de consorcios o uniones temporales, cada uno de sus miembros integrantes deberá aportar el certificado y planillas exigidos.

8 En caso que el proponente no tenga empleados a su cargo, o por cualquier motivo no esté obligado al pago de aportes de seguridades sociales y parafiscales, así deberá manifestarlo.

9 Si el proponente es persona Natural, deberá acreditar que se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social (Salud, Pensión, Riesgos Profesionales).

10 Cuando el proponente sea una persona natural, deberá presentar una declaración en original, bajo la gravedad de juramento donde certifique el pago de los aportes de sus

empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje. Dicho documento debe certificar que, a la fecha de cierre del presente proceso de selección, ha realizado el pago de los aportes correspondientes a la nómina de los últimos seis (6) meses, contados a partir de la citada fecha, en los cuales se haya causado la obligación de efectuar dichos pagos. Si el proponente es una persona natural, deberá allegar el recibo de pago de sus aportes al sistema obligatorio de salud y de pensión, correspondiente a los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de presentación de la propuesta.

Lo anterior, advierte que el demandante estaba en la obligación de certificar el pago de aporte a seguridad social y alegar la existencia de un contrato de mandato gratuito constituye una confesión clara por parte del apoderado de la demandante, en las maniobras de los oferentes para evadir el pago de aportes a Seguridad Social, frente a un contrato estatal que tiene la característica de ser oneroso y que la conducta del proponente es reprochada por el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, respecto al controlar de la evasión de los recursos parafiscales.

Además, dicho artículo establece la obligación legal que **para celebrar por parte de un particular contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar.**

Que el proponente por mandato legal esta obligado a que todos sus integrantes de la Unión Temporal en ellos incluido el representante legal y su suplente, están en la obligación de acreditar aportes al sistema de seguridad social.

Al Respecto prescribe el Artículo 50 de la ley 789 de 2002:

ARTÍCULO 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

Lo anterior, se encuentra en consonancia con el principio de selección objetiva, establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2011, prescribió:

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, **los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones** o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. **La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo.** La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.

De lo anterior se advierte, que los requisitos habilitantes son los establecidos en la Ley 1150 de 2007 y miden la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia, los cuales son determinados por la Entidad Estatal en el momento de la planeación y no otorgarán puntaje, es decir, que si bien estos criterios no se evalúan con puntos, si se evalúan con los criterios de admisión o rechazo y/o habilitado o no habilitado.

Cabe resaltar que la Ley 1150 de 2007, separó los requisitos habilitantes de capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera, organización, que se caracterizan porque no otorgan puntaje; de aquellos concernientes a la propuesta misma y que se refieren a los factores de orden técnico y económico, y que son materia de asignación del puntaje establecido en el pliego de condiciones

Adicionalmente, el artículo 16 del Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015 estableció la obligación de las Entidades Públicas en sus procesos de contratación establecer en el pliego de condiciones los requisitos habilitantes de los proponentes:

ART. 16. Determinación de los Requisitos Habilitantes. *La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.*

De conformidad con lo anterior, los requisitos habilitantes son los establecidos en la Ley y **la Entidad Estatal deberá determinar en sus pliegos de condiciones aquellos que considere idóneos para seleccionar la oferta más favorable según la necesidad a satisfacer.** Si bien no todos los requisitos habilitantes resultan aplicables a todas las modalidades de selección y a los objetos a contratar, el tratamiento de dichos requisitos debe ser el mismo indistintamente de si se adelanta una licitación pública, o un concurso de méritos, o una selección abreviada, o una mínima cuantía.

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, señaló:

ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. **El proponente** y el contratista **deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.**

PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

El Consejo de Estado, mediante Sentencia del 8 de junio de 2011, con radicado: 20001-23-31-000-2005-00409-01(AP), siendo C.P.: Enrique Gil Botero, resaltó sobre la obligación de los oferentes de acreditar el cumplimiento de su obligación de aportes al Sistema de Seguridad Social para poder celebrar un contrato estatal, consideró:

“(…)El artículo 50 de la Ley 789 de 2002 señala que **para celebrar, renovar o liquidar un negocio jurídico estatal se requiere que el contratista cumpla con las obligaciones, cuando a ello haya lugar, de los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicios Nacional de Aprendizaje.**

(…)

Cuando la contratación se haga con personas jurídicas se debe acreditar el pago de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando éste exista por requerimiento de la ley, o por el representante legal, durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para el que se hubiera constituido la sociedad, el cual no puede ser inferior a los seis meses anteriores a la celebración del contrato. En caso de que la empresa tenga menos de seis meses de constituida, debe acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

En todo caso, el legislador impone la obligación a los oferentes (cuando éstos sean personas jurídicas) de acreditar el requisito señalado en el acápite anterior. Si el funcionario responsable no deja constancia de la verificación de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

De la disposición referenciada la Sala concluye lo siguiente:

1. El artículo 50 de la Ley 789 de 2002 tiene como principal objetivo evitar la evasión por parte de los empleadores de las cotizaciones al sistema de seguridad social y de los aportes parafiscales destinados al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, las Cajas de compensación y el Sena.

2. Para lograr la finalidad señalada, el legislador impuso a las entidades públicas la obligación de verificar, en los procesos de selección de contratistas y en la ejecución y liquidación de los contratos, que tanto los oferentes como los contratistas hayan realizado los aportes respectivos, no desconociendo los derechos reconocidos a los trabajadores.”

Adicionalmente, en el pliego de condiciones se establecieron los requisitos habilitantes dentro del proceso de LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018

En el numeral 5.1.8 del pliego de condiciones se estableció una serie de requisitos a los Consorcio y uniones temporales que deben cumplir, así como también se dejó claro la condición de los representantes legales y su suplente de las uniones temporales dentro del proceso de selección de contratista, el cual se transcribe in extenso:

“5.1.8 Documento de constitución de consorcio o unión temporal.

Los proponentes podrán presentar propuestas conjuntas en calidad de consorcio o unión temporal, lo cual deberá indicarse expresamente, conforme a lo señalado en el párrafo 1º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993.

Cuando la propuesta se presente en consorcio o unión temporal, se requiere:

a. **Acreditar la existencia del consorcio o de la unión temporal, para lo cual deberá aportar el documento de constitución suscrito por el/los representante(s) legal(es) de todos los integrantes.**

En todo caso, el proponente que se presente en cualquiera de estas formas, deberá allegar el documento de constitución en el cual deberá indicar como mínimo lo siguiente:

Si los proponentes desean participar como consorcio o como unión temporal.

- Las reglas básicas que regulen las relaciones entre sus integrantes. Si se trata de unión temporal deberán indicarse además los términos y extensión (actividades y porcentaje) de la participación en la propuesta y en la ejecución del contrato, lo cual no podrá ser modificado sin el consentimiento previo de la Secretaría.

- **La persona que para todos los efectos legales representará al consorcio o unión temporal, quien contará con las facultades amplias y suficientes para obligar y responsabilizar a todos los integrantes del consorcio o la unión temporal, el cual no podrá ser reemplazado sin la autorización expresa y escrita de cada uno de los integrantes que lo/la conforman.**

b. **Designar un representante legal, que deberá estar facultado para actuar en nombre y representación del consorcio o unión temporal en los términos del mandato. El representante legal deberá contar con facultades amplias y suficientes para obligar y responsabilizar a todos los integrantes del consorcio o la unión temporal.** El representante no podrá ser reemplazado sin la autorización expresa y escrita de cada uno de los integrantes que lo/la conforman.

c. **La aceptación del representante deberá constar con su firma en el documento de constitución del consorcio o de la unión temporal. El representante del consorcio tendrá todas las facultades necesarias para actuar en nombre del consorcio y/o unión temporal y en el de cada uno de sus miembros, en los asuntos relacionados directa e indirectamente con la elaboración y presentación de la propuesta y la celebración y ejecución del contrato, en el caso que la Secretaría le adjudique el proceso.** En especial tendrá las facultades suficientes para:

Presentar la propuesta.

Suscribir la carta de presentación de la propuesta.

Atender todos los posibles requerimientos que formule la Secretaría Distrital relacionados con la propuesta.

Suscribir cualquier otro documento y ejecutar cualquier otro acto que se requiera para la elaboración y presentación de la propuesta, dentro de los términos y condiciones del proceso.

Notificarse del acto de adjudicación del proceso.

Suscribir el contrato.

Ejecutar todos los actos y suscribir todos los documentos necesarios para la ejecución del contrato, dentro de los términos y condiciones del presente proceso.

d. Presentar para cada uno de los integrantes del consorcio o de la unión temporal los documentos requeridos en el presente proceso y presentar fotocopia del documento de identidad de la persona que representará al consorcio o unión temporal.”

De lo anterior, se advierte, que el representante legal y suplente de la Unión Temporal Crecer por Colombia tienen todas las facultades necesarias para actuar en los asuntos relacionados de forma directa e indirecta en la **celebración del contrato en nombre de la unión temporal y con las facultades legales para la presentación de la oferta.**

Por consiguiente, al ser el representante legal y su suplente las personas que presentarían la oferta y celebrarían el contrato, le es aplicable el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, que impone el requisito que para celebrar cualquier contrato con el Estado Colombiano se requiere que el contratista cumpla con su obligación respecto al pago del Sistema de Seguridad Social en Salud, así como también se indicó que al momento de presentar su oferta, tiene la obligación de acreditar el pago de aportes a seguridad social.

Lo anterior, indica que la acreditación de pago de seguridad social es un requisito habilitante establecido por la Ley, por tal motivo, las entidades públicas por medio de sus funcionarios están en la obligación de verificar el cumplimiento de dicho requisito y dejar constancia de este, en caso contrario constituye casual de mala conducta.

La obligación del representante legal y suplente de la Unión Temporal Crecer por Colombia de acreditación de aportar certificado de pago de aportes a seguridad social se estableció en el literal m), del numeral 5.1.8, del pliego de condiciones definitivos, el cual prescribió:

“(…)Los proponentes que se presenten como consorcio o unión temporal deberán tener en cuenta que:

e. Los objetos sociales de cada uno de sus integrantes deben ajustarse al objeto del presente proceso y la duración de las personas jurídicas que lo conforman no puede ser inferior al plazo del contrato y un (1) año más.

f. El tiempo mínimo de duración del consorcio o de la unión temporal debe ser igual al tiempo de ejecución del contrato y un (1) años más.

g. Las uniones temporales, deberán registrar en el documento de constitución el porcentaje de participación y las actividades a cargo de cada uno de sus miembros en la propuesta y en la ejecución o de lo contrario se entenderá que se presentan a título de consorcio. (Ley 80 de 1993, parágrafo 1, artículo 7º.)

h. La Alcaldía de Cartagena no acepta propuestas bajo la modalidad de promesa de conformación de consorcios o uniones temporales.

i. En caso de resultar favorecidos con la adjudicación de la contratación, para la suscripción del contrato y dentro del término que establezca la Secretaría, se debe presentar el respectivo número de Identificación Tributaria – NIT del consorcio o unión temporal constituida.

j. No podrá haber cesión entre quienes integran el consorcio o unión temporal, salvo que la Secretaría lo autorice en los casos que legalmente esté permitido.

k. Las condiciones que establezcan los integrantes con respecto a las actividades, porcentajes, términos y/o extensión de la participación, no podrán ser modificadas sin el consentimiento previo de la Secretaría.

l. En el evento de presentarse inhabilidades sobrevinientes para los miembros de la unión temporal o consorcio, el representante tendrá la obligación de informarlo por escrito al Distrito dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a ella.

m. Certificación de cumplimiento de pago de aportes a la seguridad social y parafiscal. El proponente, deberá entregar certificación de cumplimiento de sus obligaciones con los sistemas de salud, pensión, riesgos laborales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- dando cumplimiento a lo estipulado en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, para lo cual deberá tener en cuenta:

1 Si el proponente es una persona jurídica, deberá presentar una certificación expedida por el revisor fiscal, cuando éste deba existir de acuerdo a la ley o por determinación estatutaria, y en su defecto por el representante legal, certificación que deberá cobijar al menos los últimos seis (6) cuando no se requiera revisor fiscal. Se debe anexar copia de la cédula de ciudadanía, tarjeta profesional y certificado de vigencia de la tarjeta del revisor fiscal.

2 El documento mencionado deberá certificar que a la fecha de presentación de su propuesta, el proponente ha realizado el pago de los aportes correspondientes a la nómina de los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de cierre, aportando las copias de las planillas de autoliquidación de aportes.

3 Cuando el proponente no esté obligado al pago de aportes parafiscales, por virtud de estar sometido al pago del impuesto CREE, deberá suplir el certificado, con copia de la última declaración del CREE a que estuvo obligado a presentar.

4 En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

5 Se verificará únicamente la acreditación del respectivo pago a la fecha de presentación de la propuesta, sin perjuicio de los efectos generados ante las entidades recaudadoras por el no pago dentro de las fechas establecidas en las normas vigentes.

6 En caso de presentar acuerdo de pago con las entidades recaudadoras respecto de alguna de las obligaciones mencionadas, el proponente deberá manifestar que existe el acuerdo y que se encuentra al día en el cumplimiento del mismo.

7 Cuando se trate de consorcios o uniones temporales, cada uno de sus miembros integrantes deberá aportar el certificado y planillas exigidos.

8 En caso que el proponente no tenga empleados a su cargo, o por cualquier motivo no esté obligado al pago de aportes de seguridades sociales y parafiscales, así deberá manifestarlo.

9 Si el proponente es persona Natural, deberá acreditar que se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social (Salud, Pensión, Riesgos Profesionales).

10 Cuando el proponente sea una persona natural, deberá presentar una declaración en original, bajo la gravedad de juramento donde certifique el pago de los aportes de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje. Dicho documento debe certificar que, a la fecha de cierre del presente proceso de selección, ha realizado el pago de los aportes correspondientes a la nómina de los últimos seis (6) meses, contados a partir de la citada fecha, en los cuales se haya causado la obligación de efectuar dichos pagos. Si el proponente es una persona natural, deberá allegar el recibo de pago de sus aportes al sistema obligatorio de salud y de pensión, correspondiente a los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de presentación de la propuesta.”

De lo anterior, se advierte que el representante legal y su suplente, no es un miembro ajeno del la Unión Temporal, sino que hace parte integrante del mismo, con capacidad de obligar a la Unión temporal, teniendo la obligación de **Certificar el cumplimiento de pago de aportes a la seguridad social y parafiscal, que al actuar en calidad proponente esta en la obligación de acreditar aportes a la seguridad social, toda vez que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, le exige que para poder suscribir contrato con el estado debe acreditar la cotización al Sistema de Seguridad Social, sin embargo, los mismo no cumplen con dicho requisito.**

El artículo 30 del Decreto 1510 de 2013, prescribió:

ART. 30. Adjudicación con oferta única. La Entidad Estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta **siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones**, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente decreto para la subasta inversa, el concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipyme.

Así las cosas, la demandada no cumplió con los requisitos habilitantes exigidos referentes a su capacidad jurídica, por lo que no le es dable adjudicación alguna, porque su oferta no resultó ser la más favorable a los intereses de la entidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, como el demandante No subsanado tal defecto, toda vez que tenía la obligación de acreditar el pago de aportes al sistema de seguridad social al presentar su oferta, así como para suscribir el posible contrato, por lo tanto, resultan ajustados los actos acusados de declaratoria de desierto del proceso de selección de contratista a los pliegos de condiciones, a la ley 789 de 2002 y ley 1150 de 2007, toda vez que la propuesta del demandante carece de capacidad jurídica y la misma no paso el primer filtro de habilitación, por lo que se deben negar las pretensiones de la demanda, en razón de que no le asiste derecho alguno al demandante de adjudicar tal contrato toda vez que su oferta resulto NO HABILITADA por no cumplir con los requisitos mínimos habilitantes, específicamente con el requisito de capacidad jurídica.

ii) Falta de Capacidad Jurídica- Respecto al cargo relacionado con el requisito de capacidad instalada no cumplido por la demandante (bodegas).

En este punto la parte demandante cuestiona que la exigencia en el pliego de condiciones con respecto a las bodegas las mismas hacen parte de la fase de Alistamiento, es decir, desde la ejecución del programa y comprendida desde la ejecución del contrato hasta el inicio de la operación, que tal situación desconoce los lineamientos del MEN, señalando que el requisito de capacidad Instalada es improcedente que va en contravía de la Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015 y Resolución 29452 de 2017, para indicar que la exigencia de las bodegas no era exigible con la presentación de la oferta, sino que era exigible con posterioridad a la adjudicación del contrato y que tal situación es contraria al principio de legalidad

De lo anterior, se observa que la demandante **cuestiona una regla establecida en el pliego de condiciones definitivos, establecida en el literal e), del numeral 5.2 que consistió como requisito técnico habilitante, contar capacidad instalada, (regla contenida en un acto administrativo) es decir, de contar como mínimo con una bodega de almacenamiento de alimentos.** Al respecto prescribe dicha regla:

5.2 DOCUMENTOS DE CONTENIDO TÉCNICO

Teniendo en cuenta la importancia de iniciar el programa de alimentación escolar en las Instituciones Educativas con todas las herramientas, materiales y capacidades que se requieren, se hace necesario que la Secretaria de Educación pueda verificar desde la presentación de la Propuesta que el Operador cuenta con los requisitos técnicos que permitirán poner en marcha la implementación y ejecución del programa.

Para efectos de realizar la verificación técnica, el proponente debe diligenciar y presentar con la propuesta los respectivos documentos de soporte técnico cuando así corresponda.

(...)

e) Capacidad instalada.

Con el fin de fortalecer la operación logística del Programa de Alimentación Escolar, cada oferente deber acreditar con su propuesta técnica y económica que **Disponen de máximo dos (2) bodegas** ubicada en el Distrito de Cartagena de Indias, sus corregimientos o Municipios aledaños, **las cuales deben sumar un área mínima de 1.500 mts²**, con una infraestructura adecuada que soporte y desarrolle de manera oportuna, eficiente y eficaz la magnitud de la operación de acopio, almacenamiento, transporte, logística, distribución y suministro de los complementos alimentarios en virtud de los lineamientos técnicos administrativos para la operación del programa de alimentación escolar, dicha infraestructura debe estar adecuada para albergar el talento humano de la operación.

Para ello el proponente debe contar con una capacidad de almacenamiento que tenga como mínimo las siguientes características:

Las instalaciones deben cumplir con las normas higiénicas y sanitarias contempladas en el artículo 126 del decreto 019 de 2012 y resolución 2674 de 2013 y aquellas normas vigentes y aplicables

La bodega debe tener las zonas (recibos, almacenamiento, ensamble, refrigeración, alimentos por vencer o devoluciones, residuos sólidos etc.) debidamente identificados (rotulados), delimitados y separados, como dotación mínima equipos de refrigeración, sistema de transporte (carretillas, carritos transportadores, etc.), y equipos de medición (grameras, básculas, termómetro).

Cuando se disponga de oficina (área administrativa) dentro de la bodega, la misma deberá estar separada de las demás áreas.

De lo anterior, se advierte que la mencionada regla se encuentra justificada y busca proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas en edad preescolar, dentro del marco del Programa de Alimentación Escolar-PAE, garantizando específicamente el derecho fundamental a la alimentación establecida en el artículo 44, que consagra el derecho a la alimentación equilibrada de los niños y las niñas, en consonancia con el derecho fundamental a la educación de los niños y niñas.

Así como también se fundamenta en la Convención de los Derechos de los niños, ratificada por el Estado Colombiano mediante la Ley 12 de 1991, que establece la obligación a los estados de tomar medidas necesarias para hacer efectivo los derechos de las niñas y los niños a la alimentación adecuada, los Estados deben adoptar acciones para combatir la malnutrición infantil en el marco de la atención primaria de la salud, mediante el "suministro de alimentos nutritivos adecuados y ,agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos derivados de la contaminación del medio ambiente". Lo anterior con la finalidad de asegurar a los niños y niñas el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Que el Derecho fundamental a la alimentación escolar en particular, es importante resaltar que esta garantía no sólo asegura el derecho de los estudiantes a tener una alimentación adecuada y a crecer en condiciones dignas, sino que también contribuye a eliminar una de las barreras de acceso a la educación, es decir, constituye una garantía de protección al derecho fundamental a la educación de los niños y niñas.

Dicho lo anterior, colegimos que la finalidad de la Licitación pública 013-SED-2018, es la de garantizar que cada uno de los elementos del Programa de Alimentación Escolar **tengan garantía de operación y funcionamiento desde el inicio del contrato.**

Desde esta perspectiva, el fin de la actuación precontractual busca garantizar que la estrategia estatal promueva el acceso y permanencia de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en el sistema educativo oficial, a través del suministro de un complemento alimentario durante la jornada escolar, para mantener los niveles de atención, impactar de forma positiva los procesos de aprendizaje, el desarrollo cognitivo, disminuir el ausentismo y la deserción y fomentar estilos de vida saludables, no sólo de manera formal, sino que también implica una **protección de fondo**, a efectos de garantizar los elementos connaturales del programa PAE, como lo es que los oferentes garantice tener como mínimo una bodega que cumpla con todos y cada uno de los **requisitos de salubridad y**, se tenga desde el día 1 de ejecución del PAE, a efectos de que el suministro de la alimentación escolar de los niños y niñas sean adecuados y saludables evitando los peligros y riesgos derivados de la contaminación del medio ambiente y contaminación cruzada de alimentos, conforme lo advierte al Convención de los Derechos de los niños

Por tanto, tal exigencia va en consonancia con el principio pro enfam, dada la importancia del programa y las condiciones del contrato, su magnitud e importancia, implicaba la necesidad de verificar que el proponente contara con un lugar de almacenamiento de alimentos adecuados, a efectos de garantizar los derechos fundamentales a la vida, la salud y la dignidad de los niños.

En el pliego de condiciones definitivos se justificó el requisito de la capacidad instalada de la siguiente manera:

Para la verificación de este requisito el Distrito de Cartagena a través de un funcionario designado para el efecto, **realizará visita obligatoria para verificar que las bodegas propuestas se encuentran aptas para realizar el almacenaje**, preparación de entregas y distribución de víveres, de acuerdo a los requisitos establecidos en el presente numeral, para lo cual se establecerá una fecha en el cronograma del presente proceso.

Dicha exigencia obedece a que las instalaciones resultan indispensables para la prestación del servicio de alimentación escolar, puesto que no todas las instituciones educativas cuentan con la dotación e infraestructura necesaria para almacenar los víveres en condiciones óptimas o condiciones sanitarias para la prestación del servicio, siendo necesario que el contratista logre un pronto suministro y garantice la disponibilidad de elementos y equipos, de tal forma, que se conserven las condiciones higiénicas, inocuidad y temperatura. El Distrito de Cartagena de Indias, con el propósito en atención a los principio de planeación y previsibilidad y con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de los beneficiarios del derechos (niños, niñas y adolescentes sujetos de protección especial) realizará visita obligatoria a los inmuebles ofertados, para verificar que los inmuebles sean aptos para el almacenamiento y distribución de alimentos e igualmente que la proponente cuenta con:

a) Equipos de refrigeración y congelación, sistemas de transporte (carretillas, carritos transportadores etc.) y equipos de medición (grameras, basculas, termómetro); las instalaciones deben cumplir con las normas higiénico –sanitarias establecidas en el decreto 3075 de 1997 y las demás normas vigentes y debe ser de uso exclusivo para el almacenamiento y distribución de alimentos.

b) El (os) inmuebles acreditados deberán ser de propiedad del proponente singular o integrantes del proponente plural, para lo cual deberá aportar certificado de libertad y tradición del inmueble en el cual conste que el área de las instalaciones es igual o superior al area exigida (Capacidad instalada), con fecha de expedición no inferior a 30 días calendario anteriores a la fecha de presentación de la propuesta o se acredita mediante contrato de arrendamiento, leasign, promesa de contrato, carta de intención o cualquier negocio jurídico suscrito entre el propietario del inmueble y el oferente. En el evento que el certificado de libertad y tradición aportado no se establezca el área de las instalaciones, el proponente deberá aportar fotocopia de la escritura pública de compraventa donde se encuentren plasmados los linderos y medidas.

La entidad en la etapa de evaluación, realizará una visita técnica con el fin de comprobar que el espacio disponible de las bodegas tengan las condiciones requeridas en el pliego de condiciones, y que cumple con todas las condiciones higiénicos-sanitarias establecidas en la Resolución 2764 de 2013, en el caso que la bodega NO CUMPLA con las condiciones técnicas requeridas, los oferentes solo podrán subsanar las deficiencias hasta el término máximo establecido en el proceso, posterior a dicha fecha quedará inhabilitado y no se tendrán en cuenta las subsanaciones.

De lo anterior, se advierte que la entidad en ningún momento estableció que el requisito de la capacidad instalada era insubsanable como erróneamente lo plantea el demandante en su concepto de vulneración, sino que por el contrario le otorgó al demandante la oportunidad de que corrigiera los defectos de las dos bodegas que presentó al inicio del proceso de selección en conjunto con su oferta.

Pero, el accionante abusando del derecho de subsanación allega dos nuevas bodegas con su escrito de observación al informe de evaluación preliminar, es decir, con posterioridad al cierre de la recepción de su oferta, presentó dos nuevas bodegas, las cuales eran totalmente diferentes a las bodegas iniciales evaluadas.

Lo anterior, demuestra que el demandante pretendió que le evaluaran unas nuevas bodegas, que durante el informe de evaluación preliminar nunca fueron evaluadas y pretendiendo hacer desaparecer del mundo jurídico las bodegas iniciales que si le fueron calificadas, además, la entidad le indicó al demandante cuales eran las deficiencias que debía subsanar, No obstante, el accionante no corrigió dichos defectos, sino que pretendió abusando de la subsanación modificar y/o completar su oferta, la cual es irrevocable e inmodificable, una vez presentada la oferta.

Que la entidad se percató que con las nuevas bodegas el accionante no pretendió corregir las falencias anotadas, **sino que presentó una mejora y modificación de su oferta inicial, tal situación vulneró los principios de transparencia e igualdad de concurrencia en los procesos contractuales**, el hecho de que sea el único proponente, tal situación no indica que el oferente pueda modificar su oferta con posterioridad al cierre de la recepción de la oferta, tratando de acreditar un requisito habilitante de capacidad instalada con dos bodegas que nunca presentó en su oferta inicial y totalmente diferente a las que se le evaluaron, tal situación vulnera las reglas procedimentales de selección de contratista y los principio de transparencia e igualdad de concurrencia de proponentes.

Que la mencionada regla siempre fue conocida por el oferente, hoy demandante, se indicó en el proyecto de pliego de condiciones, en las respuestas consolidadas a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, publicada el 16 de enero de 2019 en el Secop se indicó el alcance de dicha regla que consistía en proteger los derechos fundamentales de los niños y niñas en edad de preescolar, **quedando consolidada como una regla habilitante para los oferentes en el pliego de condiciones definitivos publicado en el secop el 16 de enero de 2019.**

Que tal regla también se le indicó al demandante en los estudios previos del 16 de enero de 2019, la cual no cuestionó en ningún momento y se sometió a las reglas previamente establecidas en el pliego de condiciones definitivos, pero que ahora en sede jurisdiccional pretende que se varíen las reglas de selección de contratista, establecidas en el pliego de condiciones, tal situación vulnera el principio de confianza legítima que inspira los proceso de contratación, el cual implica el establecimiento con anterioridad de una serie de reglas para llevar a cabo el procedimiento de selección de contratista de manera uniforme y sin cambios abruptos.

Que tales reglas establecidas en el pliego de condiciones definitivos son de obligatorio cumplimiento tanto para la entidad como para el demandante, quien al participar en el proceso de selección, se acogió y se sometió a tales reglas, pero que ahora cuestiona en sede judicial, al no resultarle favorables, pretendiendo cuestionar las reglas y variarlas en contra de lo establecido en los pliegos de condiciones y estudios previos y demás documentos que contiene y aclaran dicha regla.

Lo anterior, también evidencia que en la demanda, el accionante no demandó los actos administrativos precontractuales que contiene la regla de la capacidad instalada (exigencia de Bodegas), por lo que existe ineptitud de la demanda al no demandar los actos administrativos precontractuales que contiene dicha regla y, sobre la cual se soporta en parte la resolución que declaró desierto el proceso de licitación y la resolución que resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus parte la resolución impugnada.

De otro parte, el accionante siempre tuvo conocimiento de la regla de la capacidad instalada, debido a que en los estudios previos publicados el 16 de enero de 2016 que se le dio a conocer al demandante, en el numeral 3.6.1.2., de los estudios previos, también se indicó el mencionado requisito habilitante:

3.6.1.2. DOCUMENTOS HABILITANTES TECNICOS DE LA PROPUESTA

Teniendo en cuenta la importancia de iniciar el programa de alimentación escolar en las Instituciones Educativas con todas las herramientas, materiales y capacidades que se requieren, se hace necesario que la Secretaria de Educación pueda verificar desde la presentación de la Propuesta que el Operador cuenta con los requisitos técnicos que permitirán poner en marcha la implementación y ejecución del programa. Para efectos de realizar la verificación técnica, el proponente debe diligenciar y presentar con la propuesta los respectivos documentos de soporte técnico cuando así corresponda.

(...)

e) Capacidad instalada.

Con el fin de fortalecer la operación logística del Programa de Alimentación Escolar, cada oferente deber acreditar con su propuesta técnica y económica que Disponen de máximo dos (2) bodegas ubicada en el Distrito de Cartagena de Indias, sus corregimientos o Municipios aledaños, las cuales deben sumar un área mínima de 1.500 mts², con una infraestructura adecuada que soporte y desarrolle de manera oportuna, eficiente y eficaz la magnitud de la operación de acopio, almacenamiento, transporte, logística, distribución y suministro de los complementos alimentarios en virtud de los lineamientos técnicos administrativos para la operación del programa de alimentación escolar, dicha infraestructura debe estar adecuada para albergar el talento humano de la operación.

(...)

NO SE ACEPTARÁ LA PRESENTACIÓN DE CONTRATOS DE SUBARRIENDO DE BODEGAS.

Para la verificación de este requisito el Distrito de Cartagena a través de un funcionario designado para el efecto, realizará visita obligatoria para verificar que las bodegas propuestas se encuentran aptas para realizar el almacenaje, preparación de entregas y distribución de víveres, de acuerdo a los requisitos establecidos en el presente numeral, para lo cual se establecerá una fecha en el cronograma del presente proceso.

Dicha exigencia obedece a que las instalaciones resultan indispensables para la prestación del servicio de alimentación escolar, puesto que no todas las instituciones educativas cuentan con la dotación e infraestructura necesaria para almacenar los víveres en condiciones óptimas o condiciones sanitarias para la prestación del servicio, siendo necesario que el contratista logre un pronto suministro y garantice la disponibilidad de elementos y equipos, de tal forma, que se conserven las condiciones higiénicas, inocuidad y temperatura.

El Distrito de Cartagena de Indias, con el propósito en atención a los principio de planeación y previsibilidad y con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de los beneficiarios del derechos (niños, niñas y adolescentes sujetos de protección especial) **realizará visita obligatoria a los inmuebles ofertados, para verificar que los inmuebles sean aptos para el almacenamiento y distribución de alimentos e igualmente que la proponente cuenta con:**

a) Equipos de refrigeración y congelación, sistemas de transporte (carretillas, carritos transportadores etc.) y equipos de medición (grameras, basculas, termómetro); las instalaciones deben cumplir con las normas higiénico –sanitarias establecidas en el decreto 3075 de 1997 y las demás normas vigentes y debe ser de uso exclusivo para el almacenamiento y distribución de alimentos.

b) El (os) inmuebles acreditados deberán ser de propiedad del proponente singular o integrantes del proponente plural, para lo cual deberá aportar certificado de libertad y tradición del inmueble en el cual conste que el área de las instalaciones es igual o superior al área exigida (Capacidad instalada), con fecha de expedición no inferior a 30 días calendario anteriores a la fecha de presentación de la propuesta o se acredita mediante contrato de arrendamiento, leasing, promesa de contrato, carta de intención o cualquier negocio jurídico suscrito entre el propietario del inmueble y el oferente. En el evento que el certificado de libertad y tradición aportado no se establezca el área de las instalaciones, el proponente deberá aportar fotocopia de la escritura pública de compraventa donde se encuentren plasmados los linderos y medidas.

La entidad en la etapa de evaluación, realizará una visita técnica con el fin de comprobar que el espacio disponible de las bodegas tengan las condiciones requeridas en el pliego de condiciones, y que cumple con todas las condiciones higiénico-sanitarias establecidas en la Resolución 2764 de 2013, en el caso que la bodega NO CUMPLA con las condiciones técnicas requeridas, los oferentes solo

podrán subsanar las deficiencias hasta el término máximo establecido en el proceso, posterior a dicha fecha quedará inhabilitado y no se tendrán en cuenta las subsanaciones.

En el pliego de condiciones se acogieron las reglas establecidas en el estudio previo del proceso de licitación pública, regulando los documentos sobre contenido técnico en el numeral 5.2, literal e), el cual reguló el requisito técnico de capacidad instalada, como se indicó anteriormente.

El accionante con pleno conocimiento de la exigencia de contar con capacidad de almacenamiento como requisito habilitante, allegó con su oferta unas bodegas, las cuales le fueron evaluadas, además, se le colocó al demandante en conocimiento el informe de evaluación de su oferta, señalándole los defectos que debía corregir en el requisito técnico habilitante, se le otorgó el plazo para que subsanara, sin embargo, **fue la propia conducta del demandante en no corregir las falencias de su propuesta**, lo que conllevó a que en audiencia de adjudicación se publicara el informe consolidado de evaluación técnica y se advirtió que el demandante, no subsanó su oferta, sino que pretendió mejorarla y modificarla, allegando dos nuevas bodegas distintas a las inicialmente evaluadas, conllevando a que con dicha conducta se vulneren los principios de transparencia y de igualdad de concurrencia, en razón de que una vez presentada la oferta y con posterior al cierre de la recepción no es posible modificar y ni mejorar la oferta presentada, ya que esta es irrevocable e inmodificable.

Por tanto, se debe rechazar las pretensiones de la demanda, en razón de que el accionante no cumplió con su carga de corregir los defectos anotados en su evaluación técnica y su oferta quedó como no habilitada para seguir continuando dentro del proceso de selección de contratista, no supero el primer filtro de habilitación, lo que implicó que no era necesario seguir en un proceso de selección donde no existía oferta hábil que evaluar, por lo que se hizo necesario declarar desierto el proceso de licitación pública

iii) Deficiencias de la subsanación de la oferta por parte del demandante-

El accionante manifestó como cargo de vulneración a las normas superiores y el debido proceso, manifestado que la entidad vulneró su derecho a subsanar su oferta a lo aceptar sus observaciones planteadas al informe de evaluación de su oferta.

De lo anterior, se debe precisar que el demandante presentó su escrito de subsanación el 15 de febrero de 2019, por fuera del término permitido en el pliego de condiciones definitivos, en razón, que el demandante tenía plazo para subsanar su propuesta hasta el 13 de febrero de 2019, es decir, por fuera del término otorgado, al respecto indica el cronograma de pliego de condiciones definitivos publicado el 16 de enero de 2019:

Cronograma de pliego de condiciones definitivos, termino para subsanar 13 de febrero de 2019.

Publicación del informe de evaluación de las Ofertas	6 de febrero de 2019	www.contratos.gov.co
Traslado del informe de evaluación de las Ofertas	Del 6 de febrero al 13 de febrero de 2019	www.contratos.gov.co
Presentación de observaciones al informe de evaluación de las Ofertas	Hasta el 13 de febrero de 2019 hasta las 7.00 P.M.	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Oficina Jurídica – Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co
Termino para Subsanar	Hasta el 13 de febrero de 2019	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Oficina Jurídica – Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co

De lo anterior, se observa que el accionante NO SUBSANÓ en tiempo su oferta, pero pese a ello, la entidad estudio y analizó su escrito de subsanación y siguió constatando que el demandante no corrigió el defecto, situación que impedía evaluar la oferta del demandante por estar NO

HABILITADA.

Cabe advertir, que con posterioridad a la expedición evaluo su oferta en virtud de que mediante la Resolución 0789 del 7 de febrero de 2019, se modificó el pliego de condiciones, específicamente en lo referente al cronograma:

Cronograma de la Resolución 0789 del 7 de febrero de 2019, **termino para subsanar 15 de febrero de 2019.**

ACTIVIDAD	FECHA	LUGAR
Publicación del informe de evaluación de las Ofertas	08 de Febrero de 2019	www.contratos.gov.co
Traslado del informe de evaluación de las Ofertas	Del 11 de febrero al 15 de febrero de 2019	www.contratos.gov.co
Presentación de observaciones al informe de evaluación de las Ofertas	Hasta el 15 de febrero de 2019	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Oficina Jurídica - Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co
Termino para Subsanar	Hasta el 15 de febrero de 2019, hasta las 5:00 P.M	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Oficina Jurídica - Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co

Sin embargo, el escrito de subsanación del demandante fue presentado de forma extemporánea **por fuera de las reglas establecidas en el pliego de condiciones**, en razón de que la Resolución 0798 de 7 de febrero de 2019 **no tiene la fuerza para modificar el pliego de condiciones**, sino que pliego de condiciones debe ser **modificado únicamente mediante ADENDA. Tal como se advierte en el cronograma de actividades del pliego definitivo de condiciones del 16 de enero de 2019:**

Publicación pliego de condiciones Definitivo	16 de enero de 2019	www.contratos.gov.co
Audiencia de asignación de Riesgos y aclaración de pliegos.	18 de enero de 2019 Hora: 2:00 P.M	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co
Plazo máximo para expedir Adendas	22 de enero de 2019	www.contratos.gov.co
Presentación de Ofertas	29 de enero de 2019 Hora: 9.00 am	DISTRITO DE CARTAGENA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA Unidad Asesora de Contratación Plaza de la Aduana 1er Piso, Teléfono: 6501092, Ext. 1130 y 1131-Correo Electrónico: observaciones.uac@cartagena.gov.co

Dentro del proceso de selección de licitación pública se advierte la Adenda No. 1 del **18 de febrero de 2019**, la cual tuvo por finalidad modificar el cronograma del proceso de pliego de condiciones definitivos específicamente respecto al plazo para presentar subsanaciones, es decir, dos días después de que el demandante había presentado su subsanación extemporánea **el 15 de febrero de 2019.**

Cabe resaltar, que la Adenda del 18 de febrero de 2019 se expidió y público en el mismo día en que se llevaría a cabo la audiencia de adjudicación (18 de febrero de 2019), **contrariando lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015**

Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo **en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación.**

Lo anterior, indica que para modificar el cronograma de los pliegos de condiciones definitivos se debe realizar **con (3) tres días de anticipación a la adjudicación del contrato y no como se realizó en el presente asunto, estableciéndose un nuevo plazo para subsanar la falta de capacidad jurídica y técnica de la demanda en una nueva fecha, cuando la realidad del asunto es que el demandante presentó la subsanación de manera extemporánea.**

Además, la Adenda No. 1 se expidió dos días después que el demandante presentara su subsunción extemporánea esto es el 15 de febrero de 2019

Sin embargo, en el evento de que se tenga que su escrito de subsnacione fue presentado en termino, el accionante **NO SUBSANÓ** ni material y ni formalmente su falta de capacidad juridica respecto de acreditar pago de aportes a seguridad social del representante legal y suplente de la Unión Temporal Crecer por Colombia, así como tampoco subsanó su falta de capacidad tecnica, relacionado con contar con las bodegas exigidas en el pliego de condiciones para el almacenamiento de los alimentos que se suministrarían a todos los estudiantes de las instituciones públicas del Distrito de Cartagena cobijadas en el Programa de Alimentación Escolar.

La oferta del demadante al no ser subsanda luego de la verificación inicial respecto del cumplimiento en los aspectos jurídicos, financiero, administrativos y técnicos, su oferta quedó CALIFICADA COMO NO HABILITADA, por lo cual quedaba por fuera del proceso de selección de contratistas.

Por consiguiente, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, respecto a la estructura de los procedimientos de selección señalo en su numeral 6 que: ***“Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”***

En ese sentido, la entidad dio cumplimiento a lo establecido en el pliego de condiciones en su numeral quinto (v) sobre requisitos habilitantes, el cual prescribe:

“V REQUISITOS HABILITANTES

La verificación y evaluación de las propuestas se efectuará a través de un estudio jurídico, financiero, económico y técnico, el cual se realizará dentro del plazo establecido en el cronograma inserto en estos pliegos. Tal procedimiento comprenderá una verificación inicial respecto del cumplimiento en los aspectos jurídicos, financiero, administrativos y técnicos, cada uno de los cuales serán factor HABITADO o NO HABILITADO, es decir, que de no cumplir con las exigencias hechas tales aspectos, y de no subsanarse oportunamente los aspectos formales, la propuesta será calificada como NO HABILITADA y por ende, quedara por fuera del proceso. De quedar habilitada la propuesta el oferente seguirá en el proceso y pasará a la etapa de puntuación o ponderación de la misma, según los criterios y puntuaciones establecidos en estos pliegos. El contrato se adjudicará a la propuesta mejor calificada y que por ello resulte ser la más favorable

para el Distrito de Cartagena y para los fines que se pretenden satisfacer con esta contratación.

Por mandato del artículo 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, la evaluación de los requisitos habilitantes le permitirá al Distrito de Cartagena medir la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

iv) Conclusiones respecto al cargo de inexistencia del derecho reclamado:

No le asiste el derecho al demandante de que se le adjudicara, en primera medida porque su oferta no cumplió con los requisitos habilitantes establecido en el pliego de condiciones para ser seleccionado, su oferta careció de falta de capacidad jurídica y de capacidad técnica, quedando su oferta NO HABILITADA.

Adicionalmente, tampoco le asiste el derecho en razón de que el proceso de LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018, teniendo en cuenta que mediante Resolución tal se modificó el cronograma de pliego de condiciones, cuando la misma no era procedente, además, se expidió la Adenda No. Que modificó el cronograma el mismo día en que se debía adjudicar y no con tres días de anticipación,

Los dos actos resolución y adenda, buscaron ajustar los plazos con la finalidad de que se tuviera por presentada en termino la oferta del demandante.

Lo anterior, demuestra que dentro del proceso de licitación pública se afectó el principio de planeación lo que conlleva a que en el evento de que se le hubiera adjudicado el contrato al demandante, el mismo, estaría viciado de nulidad absoluta y/o ineficaz, debido a que las reglas contractuales no pueden ser variadas en beneficio del particular y contrariando normas de orden público, la constitución y la ley.

2. EXCEPCIÓN DE CULPA EXCLUSIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

Las pretensiones de la demanda deben ser rechazadas debido a que, la situación jurídica generada por los actos administrativos demandados fue configurada debido a la culpa exclusiva de la parte demandante, teniendo en cuenta que el demandante al participar en el proceso de selección de licitación pública LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018, el accionante **NO subsanó su falta de capacidad jurídica y técnica**, lo que generó que su oferta no quedara habilitada, por no cumplir la misma con los requisitos habilitantes establecidos en el pliego de condiciones.

Que fue la propia conducta de falta de diligencia y gestión del demandante en subsanar de forma adecuada las falencias a su propuesta, pese a que las falencias de su oferta fueron puestas en conocimiento del demandante para que las subsanara, no obstante, el accionante no realizó acción alguna para corregir sus falencias.

Que de conformidad con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la entidad dentro del proceso de selección de contratista garantizó el principio de economía, el cual señala:

ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, **se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección** y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

(...)

Cabe resaltar, que en el pliego de condiciones definitivos LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018, **se establecieron los plazos dentro de la etapa de selección, los cuales son perentorios y preclusivos**, razón por la cual, una vez el Proceso de Contratación ha sido

formalmente abierto, **las modificaciones al cronograma solamente pueden realizarse mediante una Adenda.**

Ahora bien, al demandante le fue calificada su oferta y le fue puesta en conocimiento dicha calificación el 6 de febrero de 2019, cuando fue publicado el informe preliminar de evaluación de su oferta, conociendo el accionante desde dicha fecha las falencias a su propuesta, otorgándole la entidad el termino para subsanar su propuesta hasta **el 13 de febrero de 2019**, como se estableció en el cronograma del pliego de condiciones definitivos, sin embargo, el accionante presentó su escrito de subsanación de manera extemporánea, esto es, el 15 de febrero de 2019.

Pese a que el accionante presentó su escrito de subsanación de forma extemporánea, la entidad evaluó, analizó y estudio su escrito, encontró la entidad que el demandante no subsanó la falencia de su oferta respecto a **la capacidad jurídica- por el no aporte de certificación de pagos de seguridad social del representante legal y su suplente del Oferente Unión Temporal Crecer por Colombia (los cuales se encontraban en régimen subsidiado), contrariando lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, los cuales prescriben que el contratista u oferente que suscriban cualquier tipo de contrato estatal debe acreditar el pago al Sistema de la Seguridad Social.**

El accionante alegó que existía un mandato gratuito entre sus representantes legales y la Unión Temporal Crecer por Colombia 2019 y en virtud de dicho mandato no estaban obligados a pagar aportes a seguridad social, lo anterior, de muestra y confiesa la demandante una forma clara de evasión al sistema de seguridad social reprochado por el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, el cual exige que los contratistas y proponentes al suscribir contratos con el Estado deben acreditar aportes al Sistema.

En este caso particular los representantes legales son los que presentan la oferta a nombre la Unión Temporal y son los responsables y con capacidad jurídica para suscribir el contrato con el Estado, al ser este quien va suscribir el contrato, quien se encargara de la representación en la ejecución de un contrato de características oneroso y de una altísima cuantía; la naturaleza de la contratación ameritaba que el representante legal y su suplente acreditaran su cumplimiento de aportes al Sistema de Seguridad Social.

Por consiguiente, los mismos no se encuentran amparados bajo ninguna norma legal y ni constitucional para no acreditar el pago de aportes a seguridad social, sino que tal obligación le es impuesta por el **artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y 23 de la Ley 1150 de 2007, que exigen a quienes suscriban contratos con el estado deben certificar pago de aportes al Sistema de Seguridad Social con la presentación de sus ofertas.**

Adicionalmente, su oferta carece de capacidad técnica-en el sentido de que las bodegas de almacenamiento de alimentos (que serías suministrados a los niños de edad escolar y demás grados de infancia escolar), carecían de las características y condiciones establecidas en el pliego de condiciones.

En el informe preliminar de evaluación se evaluaron unas bodegas presentadas por el accionante, dándole la entidad el plazo oportuno para subsanar el ítem de capacidad instalada (Bodega), no obstante, la accionante en su escrito de subsanación allega otras dos bodegas diferentes a las que presentó en su oferta inicial y las que fueron evaluadas en el informe preliminar.

El cambio de bodegas no corresponde a un error de la oferta subsanable, como lo alega el accionante, sino que constituye de manera evidente una mejora de la oferta, contrariando el accionante con su conducta los principios de contratación pública y se debe a su propia culpa y falta de diligencia en subsanar los defectos de la capacidad instalada.

Respecto a las modificaciones de la propuesta el numeral 4.2 del pliego de condiciones definitivos señalo:

4.2 Retiro o Modificación de la Oferta

Si un proponente desea retirar, adicionar o modificar documentos de su propuesta antes del cierre de la contratación, deberá presentar una solicitud en tal sentido, firmada por la misma persona que firmó la carta de presentación de la oferta, previa verificación por parte de la entidad; la propuesta le será devuelta, para que adicione o modifique los documentos. En caso de retirarla será devuelta la totalidad de los documentos.

No será permitido que ningún proponente modifique o adicione su oferta después de que se haya efectuado el cierre de recepción de propuestas. Tampoco se permite el retiro de la oferta, so pena de hacer efectiva la garantía de seriedad.

El numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece:

ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. **En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.**

Lo anterior, se encuentra en consonancia con el numeral 2, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, respecto al **principio de transparencia**:

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

(...)

2o. En los procesos contractuales **los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes**, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

Que en virtud de principio de publicidad, la entidad le otorgó al demandante la oportunidad de conocer y controvertir los informes de evaluación en relación con sus propuesta, le dio a conocer los errores, deficiencias o equivocaciones que presentaba su propuesta como no habilitada, la entidad le otorgó un plazo para subsanar su propuesta y/o presentar sus observaciones, es decir, garantizo el derecho de defensa y contradicción en este tipo de actuaciones administrativas, a la par que evito situaciones de secreto o clandestinidad durante el proceso de selección y sirvió de instrumento de purificación en la toma de la decisión por parte de la Administración, pues aquéllos, a través de la formulación de observaciones, pueden advertir circunstancias que hubiesen pasado desapercibidas, en aras de contribuir a que se respete la legalidad de la adjudicación.

En ese sentido, la entidad, le otorgó la oportunidad al demandante de subsanar su propuesta, no obstante, este no lo hizo, sino que procedió a modificar sustancialmente su oferta presentando dos nuevas bodegas en su escrito de subsanación y aclaración, con posterioridad al cierre de la recepción de las ofertas, transgrediendo el demandante la regla jurisprudencial establecida por El Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de mayo de 2012, con radicado: 08001-23-31-000-1996-01886-01(22089), en la que consideró que **las modificaciones de las propuestas posteriores al cierre de la licitación son inadmisibles por vulnerar los principios de igualdad y transparencia**:

“(...) La jurisprudencia también ha anotado la importancia y el especial significado que representa el cumplimiento de esta restricción en la contratación estatal, al puntualizar que **“la oportunidad para corregir o explicar los errores cometidos por los proponentes en sus propuestas, es antes del cierre de la licitación, puesto que si se permite que se haga con posterioridad a la apertura del pliego y a la calificación de las propuestas, se atenta contra los principios de igualdad y transparencia que deben primar en el trámite.”**⁵

Por manera que **la regla sobre la inalterabilidad de las propuestas y su carácter vinculante**, está consagrada con el fin de **garantizar la igualdad de todos los licitantes, la cual se vería quebrantada o desconocida si se aceptase a un proponente modificaciones a su propuesta posteriores al cierre del plazo fijado para su**

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 1995, exp. 6441, C.P. Daniel Suárez Hernández. Y en sentencia de 12 de agosto de 1991, exp. 6441, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, se aseveró: *“Fuera de lo dicho, en el caso sub - judice la corrección de las ofertas aparece seriamente restringida, hasta el punto de que la administración si la hubiera ordenado, como lo pretende el actor, sólo para su causa, no sólo habría violado los términos del pliego de condiciones, sino también el principio de la igualdad de los licitantes, porque en ese mismo sentido el otro, licitante también habría tenido derecho a exigir una nueva oportunidad para subsanar sus irregularidades.”*

presentación y una vez se ha procedido a su apertura, dado que con esa práctica se pondría en desventaja a los otros proponentes que con diligencia y en tiempo oportuno confeccionaron sus ofrecimientos y que en consecuencia tienen el derecho a que no se modifiquen las propuestas de los demás.

(...)

En síntesis, por regla general, las modificaciones de las propuestas posteriores al cierre de la licitación son inadmisibles y deben ser rechazadas por la administración, so pena de vulnerar los principios de igualdad y transparencia, pero ello no obsta para que se puedan considerar aclaraciones que no las alteren sustancialmente.”

Lo anterior, advierte que las dos nuevas bodegas allegas por el demandante en su escrito de subsanación (diferentes a las evaluadas en el informe de evaluación), no van dirigidas a subsanar un error, sino que va dirigida a mejorar o modificar sustancialmente su oferta.

Se advierte que tales bodegas fueron presentadas con posterioridad al cierre de la recepción de propuestas, lo anterior constituyen una mejora de su oferta que no está permitida a ningún proponente dentro del proceso de selección de contratista.

La finalidad de la parte demandante al incoar la presente acción consiste en enmendar su falencia en subsanar de manera adecuada y oportuna su oferta antes de la adjudicación, que la falta de diligencia de la demandante en corregir las falencias fue lo que conllevó a que su propuesta quedara como NO HABILITADA por no cumplir con los requisitos mínimos para que fuera admisible.

El demandante al ser el único oferente y su propuesta al no cumplir con los requisitos mínimos habilitantes no era viable que la entidad continuara con un proceso donde no existía oferente a quien más adjudicar, por lo que la declaratoria de desierta de la licitación se debió a la culpa del demandante por no subsanar su oferta y no cumplir con los requisitos mínimos para que continuara en proceso de evaluación, por lo tanto, las pretensiones de la demanda deben ser rechazadas, y deberá absolverse a mi representada dentro del presente proceso.

3. EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA

En el presente asunto el demandante cuestiona que se deje sin efecto una regla establecida en el pliego de condiciones y también en los estudios previos del proceso de licitación pública, consistente al requisito técnico habilitante que hace referencia a la capacidad instalada (Bodegas de almacenamiento) señalada en el literal e) del numeral 5.2 del pliego de condiciones y también dispuesta en el numeral 3.6.1.2., literal e) de los estudios previos. *Manifestando que dicho requisito no era exigible con la presentación de la oferta*, sino que es un requisito exigible en fase de ejecución del contrato, es decir, con posterioridad a la adjudicación.

Cabe señalar al despacho que en el pliego de condiciones definitivos, como los estudios previos definitivos, fueron publicados el 16 de enero de 2019, ambos son actos administrativos que contienen dicha regla que pretende el demandante no sea aplicable y sobre las cuales se soportan los actos administrativo acusados (Resoluciones 1278 de 19 de febrero de 2019 y la 2221 de 14 de marzo de 2019),

Sin embargo, dentro del presente asunto, no fueron demandados los actos administrativos de pliego de condiciones y ni estudios previos, por lo que se configura el defecto de inepta demanda toda vez que no demando dichos actos administrativos que contiene la regla que el demandante pretende que se deje de aplicar.

Lo anterior, impide al Despacho pronunciarse sobre dichas reglas en las cuales se soporta la resolución de declaratoria de desierta de la licitación pública y la resolución que resuelve un recurso dentro de la actuación administrativa en materia contractual, teniendo dichas resoluciones toda la validez jurídica y no se pueden dejar sin efectos con fundamento al cargo que planteo el demandante respecto a que se deje de aplicar el requisito habilitante de capacidad instalada (bodegas), el cual esta contenida y soportada en los estudios previos y en los pliegos de condiciones, que el accionante no demanda dentro del presente asunto, por lo que se debe rechazar la demanda y declarar la ineptitud de la demanda.

4. EXCEPCIÓN DE BUENA FE Y LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Las pretensiones de la demanda deben ser rechazadas toda vez que la Resolución 1278 de 19 de febrero de 2019 que declara desierto el proceso de licitación pública y la Resolución 2221 de 14 de marzo de 2019, que resuelve un recurso de reposición y deja en firme la declaratoria de desierto la licitación se expidieron bajo la obligatoriedad y presunción de legalidad de los pliegos de condiciones definitivos, que contiene las reglas obligatorias del proceso de selección.

Sobre el particular, se destaca el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, el cual prescribe:

“Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. **Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Por ende, los actos acusados están amparados de presunción de legalidad en razón de que los cargos expresado por el demandante no tienen vocación de prosperidad, en razón de que dichos actos administrativos se expidieron dentro del marco de los principios de la contratación estatal, a nivel constitucional y legal, así como en estricto cumplimiento de las reglas establecida en los pliegos de condiciones definitivos y demás actos administrativos previos precontractuales que indican que al demandante no le asiste derecho alguno de adjudicación.

Cabe resaltar, que dicha presunción de legalidad de los actos administrativos acusados esta estrictamente relacionado con el principio de buena fe establecido en la Constitución Política de 1991, el cual prescribe:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Por tanto, los actos administrativos acusados fueron expedidos dentro del marco de la buena fe, con fundamento en las reglas legales, constitucionales y del pliego de condiciones definitivos, en estricto cumplimiento de un deber legal, toda vez que la oferta del demandante resulto NO HABILITADA, se le garantizó al demandante el debido proceso, se le dio la oportunidad de controvertir el informe de evaluación preliminar de su oferta, se le indicó y puso en conocimiento los defectos de su propuesta y se le otorgó un plazo para que la subsanara, pero allegada la fecha de audiencia de adjudicación, el demandante no corrigió y ni subsanó las falencias de su propuesta, por ende, al no existir otra oferta que evaluar, la actuación de la administración se suscribió a una gestión de buena fe en declara desierto dicha licitación por no existir otro oferente y no asistirle derecho alguno de adjudicación al demandante. En consecuencia, en virtud del principio de buena fe dentro de los procesos precontractuales, con el que actuó la entidad, se deben denegar las pretensiones de la demanda y absolver a la entidad de cualquier tipo de condena.

5. EXCEPCIÓN DE DEFICIENCIA PROBATORIA

Las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas, porque el material probatorio allegado con la demanda, no se advierte prueba alguna que permita acreditar el supuesto fáctico que sirve de fundamento para las pretensiones de la presente demanda, y en consecuencia, deben ser rechazadas las pretensiones, por incumplimiento de la carga probatoria, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso, que prescribe sobre la CARGA DE LA PRUEBA, lo siguiente: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. ...”*

Observe que, dentro del presente proceso no se encuentran acreditados ninguno de los supuestos fácticos que evidencian las causales de nulidad esbozada. Además, dentro del presente asunto no existe prueba de que la oferta del demandante fuera la más favorable y ni la más conveniente a los intereses públicos, además, los hechos que esboza el demandante no reafirman sus pretensiones, sino que por el contrario son contradictorios a las mismas, teniendo en cuenta, que de los hechos de la demanda No reafirman sus pretensiones, sino que por el contrario evidencias la confesión del demandante de reconocer que su oferta no estaba habilitada y ni era la más adecuada, además, no expone hecho alguno relacionado en la demostración que su oferta era la más favorable.

De lo anterior, se advierte que es claro que la carga de la prueba corresponde a quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda. Por tanto, en el presente asunto la parte demandante al no cumplir con dicha carga debe asumir las consecuencias adversas de su conducta omisiva, profiriendo el Despacho una decisión negativa a su petitum.

En ese orden de ideas, le solicito muy respetuosamente se sirva absolver a mi representada, dentro del presente proceso, de conformidad con los argumentos expuestos con anterioridad.

6. INEXISTENCIA DE CAUSALES DE NULIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

Las pretensiones de la demanda deben ser rechazadas, teniendo en cuenta que los cargos planteados a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho esbozadas en el acápite de concepto de la violación se sintetizan a que la entidad vulneró el derecho a subsanar la oferta del demandante, indicando que la entidad confundió los aspectos que son subsanables de los insubsanables.

Sin embargo, incurre en un error fáctico e jurídico en la interpretación al derecho de subsanación de las ofertas en los procesos de selección de contratista, al respecto señaló el Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, en Sentencia del 24 de julio de 2013, consideró:

“Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó recientemente que, a la luz de esta última disposición (Ley 1150 de 2007), " ... la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc ", por vía de ejemplo, son subsanables, porque no otorgan puntaje.

En cambio, si se trata de la ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, **la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.**

Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva que, como se dijo párrafos atrás, inspiran la actividad contractual del Estado. No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados.

En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes **y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.**

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, pues entonces se estaría hablando de complementación, adición o mejora de la oferta de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Sobre el requisito de **FALTA DE CAPACIDAD TÉCNICA**-(falta de capacidad instalada), exigida en el Pliego de Condiciones, en el numeral "5.2 Documentos Técnicos, literal h, se estableció como regla de obligatorio cumplimiento debido a la importancia y sustancialidad del citado requisito no admite la pretendida subsanación dice el Pliego de Condiciones:

"Teniendo en cuenta la importancia de iniciar el programa de alimentación escolar en las Instituciones Educativas con todas las herramientas, materiales y capacidades que se requieren, se hace, **necesario que la Secretaria de Educación pueda verificar desde la presentación**

de la Propuesta que el Operador cuenta con los requisitos técnicos que permitirán poner en marcha la implementación y ejecución del programa. Para efectos de realizar la verificación técnica el proponente debe diligenciar y presentar con la propuesta los respectivos documentos de soporte técnico cuando así corresponda"

e) Capacidad instalada.

Con el fin de fortalecer la operación logística del Programa de Alimentación Escolar, cada oferente deber acreditar con su propuesta técnica y económica que **Disponen de máximo dos (2) bodegas** ubicada en el Distrito de Cartagena de Indias, sus corregimientos o Municipios aledaños, **las cuales deben sumar un área mínima de 1.500 mts²**, con una infraestructura adecuada que soporte y desarrolle de manera oportuna, eficiente y eficaz la magnitud de la operación de acopio, almacenamiento, transporte, logística, distribución y suministro de los complementos alimentarios en virtud de los lineamientos técnicos administrativos para la operación del programa de alimentación escolar, dicha infraestructura debe estar adecuada para albergar el talento humano de la operación.

Para ello el proponente debe contar con una capacidad de almacenamiento que tenga como mínimo las siguientes características:

Las instalaciones deben cumplir con las normas higiénicas y sanitarias contempladas en el artículo 126 del decreto 019 de 2012 y resolución 2674 de 2013 y aquellas normas vigentes y aplicables

La bodega debe tener las zonas (recibos, almacenamiento, ensamble, refrigeración, alimentos por vencer o devoluciones, residuos sólidos etc.) debidamente identificados (rotulados), delimitados y separados, como dotación mínima equipos de refrigeración, sistema de transporte (carretillas, carritos transportadores, etc.), y equipos de medición (grameras, básculas, termómetro).

Cuando se disponga de oficina (área administrativa) dentro de la bodega, la misma deberá estar separada de las demás áreas.

El proponente deberá con su propuesta presentar la siguiente documentación para acreditar la capacidad instalada mínima requerida:

1. Certificado de libertad y tradición en el cual conste la propiedad de los correspondientes inmuebles.
2. En caso de no ser propietarios, aportar copia o del contrato de arrendamiento entre el propietario del inmueble y el proponente singular o proponente plural o uno de los integrantes del proponente plural por un término mínimo al plazo del contrato. Así mismo en el evento que se quiera presentar para acreditar la disponibilidad de bodega una que sea objeto de contrato comercial de leasing, se deberá allegar tanto el contrato de arriendo comercial de leasing entre el locatario y la compañía de leasing, como el contrato de contrato de arriendo entre el locatario y el oferente. O Carta de Intención u otro negocio jurídico. Aportando carta de intención u otro suscrito negocio jurídico entre el propietario del inmueble y el proponente singular o proponente plural o uno de los integrantes del proponente plural por un término mínimo al plazo del contrato. En todo caso, la carta de intención deberá individualizar plenamente el bien y contar con las demás condiciones exigidas aquí señalado conforme a las disposiciones legales.
3. Certificado de Tradición y Libertad expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del inmueble donde se acredite el metraje solicitado.

NO SE ACEPTARÁ LA PRESENTACIÓN DE CONTRATOS DE SUBARRIENDO DE BODEGAS O EMITIDOS POR QUIEN NO PUEDADISPONER DEL DOMINIO.

Para la verificación de este requisito el Distrito de Cartagena a través de un funcionario designado para el efecto, realizará visita obligatoria para verificar que las bodegas propuestas se encuentran aptas para realizar el almacenaje, preparación de entregas y distribución de víveres, de acuerdo a los requisitos establecidos en el presente numeral, para lo cual se establecerá una fecha en el cronograma del presente proceso.

Dicha exigencia obedece a que las instalaciones resultan indispensables para la prestación del servicio de alimentación escolar, puesto que no todas las instituciones educativas cuentan con la dotación e infraestructura necesaria para almacenar los víveres en condiciones óptimas o condiciones sanitarias para la prestación del servicio, siendo necesario que el contratista logre un pronto suministro y garantice la disponibilidad de elementos y equipos, de tal forma, que se conserven las condiciones higiénicas, inocuidad y temperatura.

El Distrito de Cartagena de Indias, con el propósito en atención a los principio de planeación y previsibilidad y con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de los beneficiarios del derechos (niños, niñas y adolescentes sujetos de protección especial) realizará visita obligatoria a los inmuebles ofertados, para verificar que los inmuebles sean aptos para el almacenamiento y distribución de alimentos e igualmente que la proponente cuenta con:

4. Equipos de refrigeración y congelación, sistemas de transporte (carretillas, carritos transportadores etc.) y equipos de medición (grameras, basculas, termómetro); las instalaciones deben cumplir con las normas higiénico –sanitarias establecidas en el decreto 3075 de 1997 y las demás normas vigentes y debe ser de uso exclusivo para el almacenamiento y distribución de alimentos.

5. El (os) inmuebles acreditados deberán ser de propiedad del proponente singular o integrantes del proponente plural, para lo cual deberá aportar certificado de libertad y tradición del inmueble en el cual conste que el área de las instalaciones es igual o superior al área exigida (Capacidad instalada), con fecha de expedición no inferior a 30 días calendario anteriores a la fecha de presentación de la propuesta o se acredita mediante contrato de arrendamiento, leasign, promesa de contrato, carta de intención o cualquier negocio jurídico suscrito entre el propietario del inmueble y el oferente. En el evento que el certificado de libertad y tradición aportado no se establezca el área de las instalaciones, el proponente deberá aportar fotocopia de la escritura pública de compraventa donde se encuentren plasmados los linderos y medidas.

La entidad en la etapa de evaluación, realizará una visita técnica con el fin de comprobar que el espacio disponible de las bodegas tengan las condiciones requeridas en el pliego de condiciones, y que cumple con todas las condiciones higiénico-sanitarias establecidas en la Resolución 2764 de 2013, en el caso que la bodega NO CUMPLA con las condiciones técnicas requeridas, los oferentes solo podrán subsanar las deficiencias hasta el término máximo establecido en el proceso, posterior a dicha fecha quedará inhabilitado y no se tendrán en cuenta las subsanaciones.

El adjudicatario, dentro de los documentos técnicos, deberá tener en cuenta la integridad de lo dispuesto en la Resolución 29452 de 2017.

De lo anterior se advierte que fueron Establecidas de forma clara y con anterioridad, las reglas sobre el requisito técnico de capacidad instalada, por lo que en el informe técnico de visita realizada a la bodega ofrecida con la oferta del oferente, se advierte y se revela que esta no cumplía con los requisitos antes señalados, tal como se resaltó en la Resolución 2221 de 14 de marzo de 2019, la cual indicó:

“El día 04 de febrero del 2019, el equipo técnico del PAE de la Secretaría de Educación Distrital realizó visita de inspección y verificación de las áreas locativas de las bodegas de almacenamiento del Oferente Unión Temporal Crecer por Colombia 2019, ubicadas en el Complejo Logístico del Caribe - Mamona/ Bodega # 8 Mz 3, con el fin de comprobar si el espacio disponible cuenta con las condiciones requeridas en el pliegos de condiciones de la licitación pública LIC- PUB-013-SED-2018, en lo que concierne a el área locativa y si cumple con todas las condiciones higiénico sanitarias establecidas en la Resolución 2674 del 2013.

Durante la visita de inspección, supervisión, verificación toma de datos y evidencias fotográficas de la mencionada bodega de almacenamiento, el equipo PAE observa:

El personal administrativo del Complejo Logístico del Caribe comunica que de acuerdo a su política de privacidad de la empresa no se permite al equipo tomar evidencias fotográficas de las áreas del centro de acopio, lo cual dificulta la realización de una inspección detallada y minuciosa del entorno, se recomienda solicitar nuevamente a la administración del Complejo Logístico del Caribe habilitar el acceso de los funcionarios encargados para la inspección.

De acuerdo a la información suministrada por el oferente Unión Temporal Crecer por Colombia 2019, la dirección de las bodegas de almacenamiento es, Complejo Logístico del Caribe - Mamona/ Bodega # 8 Mz 3, no obstante la dirección de la bodega habilitada para la inspección no coincide con la suministrada, se realiza inspección a bodega# 6 Mz # 1.

DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN:

La bodega consta de un área de almacenamiento de 1300 mt², en conformidad a lo establecido en el pliego de condiciones el oferente debe máximo dos (2) bodegas ubicada en el Distrito de Cartagena de Indias, sus corregimientos o Municipios aledaños, las cuales deben sumar un área mínima de 1.500 mts², por lo tanto no cumple con lo requerido.

PAREDES: se evidencia porosidad, no son impermeables, y no cuenta con acabados libres de grietas o defectos que dificulten la limpieza y desinfección.

El área no cuenta con infraestructura adecuada para soportar y desarrollar de manera oportuna, eficiente y eficaz la magnitud de la operación de acopio, almacenamiento, transporte, logística, distribución y suministro de los complementos alimentarios en virtud de los lineamientos técnicos administrativos para la operación del programa de alimentación escolar. Dicha infraestructura no está adecuada para albergar el talento humano de la operación, amerita adecuaciones inmediatas en materia de infraestructura para albergar al personal administrativo y de oficina de la empresa, se evidencia segundo piso de la bodega destinado para este uso sin culminar trabajos.

Las instalaciones no cumplen con las normas higiénicas y sanitarias contempladas en el artículo 126 del decreto 019 de 2012 y Resolución 2674 de 2013 y aquellas normas vigentes y aplicables, no se evidencia área específica y adecuada para realizar los procesos de limpieza y desinfección de insumos y materias primas, se recomienda adecuar el espacio.

La bodega no cuenta con área de refrigeración interna, se evidencia contenedor de refrigeración de 40 pies en el exterior de la bodega, se recomienda el traslado del mismo al centro de acopio a fin de evitar contaminación de los alimentos debido a microorganismos u otros agentes patógenos. Así mismo no se evidencia las áreas debidamente nombradas, delimitadas e identificadas, no se evidencia dotación mínima equipos y sistema de transporte (carretillas, carritos, transportadores, etc.), y equipos de medición (grameras, básculas, termómetro).

SISTEMA SANITARIO

No se evidencia baterías sanitarias en la bodega de almacenamiento para el personal operario se debe adecuar el espacio específico para este fin de acuerdo a la resolución 2674 del 2013.

DRENAJE:

No se evidencia sistema de tuberías y drenajes para la conducción y recolección de las aguas residuales, no cuenta con la capacidad y la pendiente requeridas para permitir una salida rápida y efectiva de los volúmenes máximos generados por el establecimiento.

TECHOS

Están diseñados y contruidos de manera que se evita la acumulación de suciedad, la condensación, la formación de hongos y levaduras.

DOCUMENTACION Y REGISTROS: No se evidencia acta de inspección sanitaria enfoque de riesgos para establecimientos de alimentos y bebidas, emitida por la entidad competente Departamento Administrativo Distrital de Salud (DADIS), el cual debe emitir concepto favorable.

LAS INSTALACIONES NO CUMPLEN LAS CONDICIONES MÍNIMAS PARA REALIZAR LOS PROCESOS DE ALMACENAMIENTO DE ALIMENTOS”

De lo anterior, se advierte que la bodega ofrecida por el proponente no cumplió con las especificaciones mínimas y ponen en riesgo los derechos fundamentales al derecho a la vida y a la salud de los niños y niñas beneficiarios del programa PAE, por cuanto son deficientes y carencias no superables.

Dichas deficiencias eran conocidas por el proponente desde antes del ofrecimiento de su oferta, no obstante, fueron puestas en conocimiento nuevamente al proponente mediante el informe inicial de verificación por parte del Comité Evaluador a fin de que este subsanara y acreditara que cumplía con el requisito.

No obstante, el Oferente no subsano la información requerida, sino que, en su lugar, decide presentar dos nuevas bodegas que no presentó en su propuesta inicial. Por lo que el Comité evaluador consideró que no era posible admitir estas nuevas bodegas, no aportadas con su propuesta inicial, teniendo en cuenta que este hecho consistía en una mejora y completitud de la propuesta técnica inicial, de acuerdo con el artículo 30 numeral 8° de la Ley 80 de 1993.

Por consiguiente, el proponente no cumplió con lo establecido en el numeral 5.2 literal h), del pliego definitivo de condiciones, en la cual se exige contar con una infraestructura adecuada que soporte y desarrolle de manera oportuna, eficiente y eficaz la magnitud de la operación de acopio, almacenamiento, transporte, logística, distribución y suministro de los complementos alimentarios para garantizar los derechos fundamentales de los estudiantes beneficiarios.

Adicionalmente, el accionante cuestiona la aplicabilidad de dicha regla de exigir las dos bodegas, en razón de que la misma corresponde a la fase de ejecución del contrato, NO obstante, la regla tiene plena justificación en razón de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños y niñas en edad escolar, además, pretende en sede judicial el cabio sustantivo de la reglas previamente establecidas de procedimiento de selección de contratista contrariando la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones que consiste en ser reglas obligatorias tanto para la entidad como para todos lo proponentes participantes en el procedimiento precontractual.

El proponente tiene la carga de estructurar y presentar su oferta con base en los pliegos de condiciones definitivos y la entidad tiene la obligación de verificar que la propuesta se fundamente en la reglas objetivas, claras y justas, que conduzcan a ofrecimientos favorables a los intereses de la entidad conforme al procedimiento de selección previamente establecido.

Decantado lo anterior, se indica que las reglas establecidas en el pliego de condiciones definitivos, para la presentación del ofrecimiento técnico y su acreditación, fueron precisadas de manera clara, oportuna, y fueron instituidas para garantizar una selección objetiva desprovista de todo tipo de subjetividad, o interpretación para la administración, permitiendo al Comité Asesor Evaluador designado, verificar cada documento que de manera expresa, clara y sencilla diera cuenta del ofrecimiento.

Así las cosas, el requisito de la exigencia de la bodega no es una condición excluyente, pues este factor es indispensable para la prestación del servicio de alimentación que se busca contratar, el cual debe estar en condiciones adecuadas una vez se inicie la ejecución del contrato, sin embargo, el oferente no observó dichas reglas colocando en riesgo los derechos fundamentales a la salud, la educación y dignidad de los niños y niñas en edad escolar dentro de la jurisdicción territorial del Distritito de Cartagena

De otra parte, acerca del requisito de **FALTA DE CAPACIDAD JURIDICA**, relacionado con la afiliación al Sistema de Seguridad Social del representante legal y el suplente del proponente: "UNIÓN TEMPORAL CRECER POR COLOMBIA 2019", cabe resaltar que tal obligación la estableció la regla consagrada en el pliego de condiciones definitivo numeral 5.1.8 sobre las certificaciones de seguridad social integral, literal m), señala lo siguiente:

m. Certificación de cumplimiento de pago de aportes a la seguridad social y parafiscal. El proponente, deberá entregar certificación de cumplimiento de sus obligaciones con los sistemas de salud, pensión, riesgos laborales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- y Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- dando cumplimiento a lo estipulado en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, para lo cual deberá tener en cuenta:

1. Si el proponente es una persona jurídica, deberá presentar una certificación expedida por el revisor fiscal, cuando éste deba existir de acuerdo a la ley o por determinación estatutaria, y en su defecto por el representante legal, certificación que deberá cobijar al menos los últimos seis (6) cuando no se requiera revisor fiscal. Se debe anexar copia de la cédula de ciudadanía, tarjeta profesional y certificado de vigencia de la tarjeta del revisor fiscal.

-
2. El documento mencionado deberá certificar que a la fecha de presentación de su propuesta, el proponente ha realizado el pago de los aportes correspondientes a la nómina de los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de cierre, aportando las copias de las planillas de autoliquidación de aportes.
 3. Cuando el proponente no esté obligado al pago de aportes parafiscales, por virtud de estar sometido al pago del impuesto CREE, deberá suplir el certificado, con copia de la última a que estuvo obligado a presentar.
 4. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.
 5. Se verificará únicamente la acreditación del respectivo pago a la fecha de presentación de la propuesta, sin perjuicio de los efectos generados ante las entidades recaudadoras por el no pago dentro de las fechas establecidas en las normas vigentes.
 6. En caso de presentar acuerdo de pago con las entidades recaudadoras respecto de alguna de las obligaciones mencionadas, el proponente deberá manifestar que existe el acuerdo y que se encuentra al día en el cumplimiento del mismo.
 7. **Cuando se trate de consorcios o uniones temporales, cada uno de sus miembros integrantes deberá aportar el certificado y planillas exigidos.**
 8. En caso que el proponente no tenga empleados a su cargo, o por cualquier motivo no esté obligado al pago de aportes de seguridades sociales y parafiscales, así deberá manifestarlo.
 9. Si el proponente es persona Natural, deberá acreditar que se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social (Salud, Pensión, Riesgos Profesionales).
 10. Cuando el proponente sea una persona natural, deberá presentar una declaración en original, bajo la gravedad de juramento donde certifique el pago de los aportes de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje. Dicho documento debe certificar que, a la fecha de cierre del presente proceso de selección, ha realizado el pago de los aportes correspondientes a la nómina de los últimos seis (6) meses, contados a partir de la citada fecha, en los cuales se haya causado la obligación de efectuar dichos pagos. Si el proponente es una persona natural, deberá allegar el recibo de pago de sus aportes al sistema obligatorio de salud y de pensión, correspondiente a los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de presentación de la propuesta.

Las anteriores reglas del pliego de condiciones definitivos se encuentran en consonancia con lo establecido en artículo 4 de la Ley 80 de 1993, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, las cuales establecen la obligación legal a todos los proponentes y contratistas que al momento de formular sus ofertas deben acreditar estar al día en el cumplimiento de pagos a seguridad social y parafiscales.

Por consiguiente, el demandante debió acreditar este requisito y no pretender alterar a su acomodo las reglas del Pliego de Condiciones, teniendo en cuenta que las reglas establecidas en el pliego de condiciones fueron claras y precisas, al exigir que cada uno de los integrantes de los consorcios y uniones temporales, deben acreditar el pago de aportes al sistema, incluidos son su representantes legales, quien tiene la potestad de presentar y suscribir el contrato con el estado y que de acuerdo artículo 4 de la Ley 80 de 1993, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, el representante legal y su suplente están obligados a acreditar el pago a seguridad social y parafiscales por expresa disposición legal.

Al respecto consideró el comité evaluador frente a este requisito:

"Si bien tanto el consorcio como la unión temporal, de acuerdo con el artículo 7° de la ley 80 de 1993, son una forma de integrar entre personas naturales y/o jurídicas una unión, suma de capacidades y riesgos para la participación en un proceso contractual y celebrar un contrato estatal según el caso si es claro que sus miembros asumen responsabilidades y beneficios que se desprenden de dicha unión.

En este orden, y como punto de partida se tiene que, de conformidad con el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, las entidades públicas contratantes tienen la obligación de verificar que sus contratistas hagan los aportes al sistema de seguridad social.

La norma citada prescribe, "Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación, por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, **requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje cuando a ello haya lugar.**

Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas(...)

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a /os seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato.

En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente.

El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta. (...)"

Por su parte la Ley 1150 de 2007 consagra:

"ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el párrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:

"Artículo 41.

(....)

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. **El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.**

PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal".

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente".

En este orden, es cierto que las obligaciones laborales y de seguridad social en calidad de empleador, se les imputan a las personas jurídicas y/o naturales que integran la U.T., sin que sean, por tanto, ajenas a que las personas que obran como representante legal principal y suplente deban como proponente ser exceptuadas de la acreditación de su seguridad social y que no sean verificables bajo el argumento de un contrato de mandato gratuito, pues se colige de las preceptivas citadas en precedencia, que para la presentación de propuestas y la celebración de contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, el particular proponente o contratista está obligado al pago de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales y pensiones, lo cual incluye a su representante legal, y constituye una

obligación para la administración de verificar a la luz de las normas que se han citado, no hacerlo constituye causal de mala conducta.

Ahora lo forma contractual denominada mandato gratuito a que aluden, se reitera que no es de recibo para la administración, pues como se dijo siendo el representante legal del proponente están obligados a aportar la seguridad social en el sistema contributivo, que además es la regla general, pues los únicos exentos de dicho régimen son aquellos que no trabajen o no tengan, capacidad de pago, lo cual no se puede deducir de quien ostenta la calidad de proponente, aunque se desconozca el vínculo legal que tengan con los miembros de la UT".

De lo anterior, se concluye que la decisión del Comité Evaluador sobre la carencia de este requisito de falta de capacidad jurídica de parte del proponente fue correcta y ajustada a la reglas establecidas en el pliego de condiciones en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, pues al afirmar que el proponente NO CUMPLIA, lo hizo al verificar que: "Los Representantes legales principal y suplente de la Unión Temporal no se encuentran afiliados al régimen contributivo de seguridad social, tal y como se evidencia en la plataforma ADRES", es decir, los mismos no cumplieron con su obligación legal de certificar el pago de cumplimiento a seguridad social y parafiscales, por lo que no le asiste razón al de demandante frente a este aspecto.

Por lo tanto, se deben rechazar las pretensiones de la demanda, toda vez, que el cargo planteado frente a la falta de capacidad jurídica del proponente no tiene la virtualidad desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre los actos administrativos acusados y Como consecuencia de todo lo anterior, le solicito respetuosamente declarar probada la excepción propuesta y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demanda, y se absuelva a mi representada.

7. EXCEPCIÓN INOMINADA O DE CARÁCTER GENERICO

Las demás que aparezcan probadas durante el proceso y que por no requerir de formulación expresa el despacho deberá decretarlas de oficio.

OTROS ASPECTOS DE ESTA CONTESTACION DE DEMANDA

Contestados en los anteriores términos los hechos de la demanda, propuestas las excepciones y establecidas las razones de nuestra defensa procedo a darle cumplimiento a los otros requisitos que para el efecto trae el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

- a. El demandado según el texto de la demanda, lo es el Distrito de Cartagena, es por esta razón que me han conferido poder para que los represente en este proceso.
- b. Las notificaciones personales que deban hacerse al Distrito de Cartagena o al suscrito apoderado pueden dirigirse a la sede de la Alcaldía de Cartagena ubicada en el Centro diagonal 30 # 30 - 78 Plaza de la Aduana, Oficina Asesora Jurídica en la ciudad de Cartagena de indias. El correo electrónico institucional destinado a recibir las notificaciones judiciales es el siguiente: notificacionesjudicialesadministrativo@cartagena.gov.co , el correo electrónico del suscrito es kleincaraballo@gmail.com Tel. Celular 301-2878991.

PRUEBAS

DOCUMENTALES:

1. **Expediente administrativo del proceso de Licitación pública** No. LIC-PUB-013-SED-2018, LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-PUB-013-SED-2018, OBJETO: CONTRATAR LA PRESTACION DEL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR CONSISTENTE EN LA ENTREGA DIARIA DE

COMPLEMENTO ALIMENTARIO PREPARADO EN SITIO TIPO ALMUERZO Y RACION INDUSTRIALIZADA PARA LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES FOCALIZADOS Y REGISTRADOS EN EL SIMAT COMO ESTUDIANTES OFICIALES DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, A TODO COSTO Y ACORDE CON LOS LINEAMIENTOS TÉCNICOS, ADMINISTRATIVOS Y ESTÁNDARES DEL PROGRAMA DE ALIMENTACION ESCOLAR – PAE.

ANEXOS

Poder con el que actúo.
Los documentos relacionados en el acápite de pruebas

SOLICITUD

- Con base en todo lo anterior, de manera atenta solicito a su despacho absolver al DISTRITO DE CARTAGENA de todas las pretensiones y negar en consecuencia las súplicas impetradas por el actor en la demanda.
- Se me reconozca personería.

De esta forma dejo contestada la demanda de la referencia.

Respetuosamente,



KLEYN BERNARDO MELENDEZ CARABALLO
C.C No. 73.209.209 de Cartagena
T.P 265200 del C.S. de la J.