

Señor,

JUEZ QUINCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

REFERENCIA EXPEDIENTE: 76001-33-33-015-2021-00030-00

MEDIO DE CONTROL: Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Nexura Internacional SAS

DEMANDADO: Distrito de Cali

LLAMADA EN GARANTÍA: Aseguradora Solidaria de Colombia.

ASUNTO: Alegatos de Conclusión

ANDRÉS FELIPE PARRA PERILLA, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 1.015.447.832 de Bogotá, domiciliado, vecino y residente en la ciudad de Bogotá, abogado titulado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional N° 313657 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **NEXURA INTERNACIONAL S.A.S**, en atención al auto notificado en audiencia el 22 de febrero de 2023 me permito presentar alegatos de conclusión dentro del proceso de nulidad de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Solicito al despacho acceda a las pretensiones incoadas atendiendo los siguientes argumentos que contrastan los fundamentos del concepto de violación con lo probado dentro del proceso.

En el concepto de violación de la demanda se expusieron seis fundamentos que a juicio del demandante constituyeron en unos casos omisión de aplicar las reglas del pliego en la evaluación del oferente adjudicatario “Vortexbird” y en otros casos la evaluación de este oferente se basó en criterios que no existían en el pliego de condiciones, creando así nuevas reglas en el término de evaluación que favorecieron al adjudicatario, por lo tanto, los argumentos de conclusión van encaminados a contrastar cada fundamento del concepto de violación con lo probado dentro del proceso, con el fin de evidenciar que sin perjuicio de los argumentos expuestos por la defensa si se desconoció el pliego de condiciones por parte del Distrito de Cali en la evaluación del oferente adjudicatario, esto con la finalidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

Como premisa se aclara que según el informe de evaluación final el oferente adjudicatario Vortexbird obtuvo 99.51 puntos y Nexura Internacional 87.88 puntos, de este modo ambos

oferentes fueron evaluados como CUMPLE en todos los requisitos habilitantes, jurídicos y técnicos.

FUNDAMENTO 1 – Contabilización de experiencia de ingenieros a partir de la expedición de tarjeta profesional y no terminación de materias – Sentencia Consejo de Estado Rad interno 65841

El pliego contemplaba otorgar 10 puntos por ofrecer un ingeniero de bases de datos adicional y otros 10 puntos por un ingeniero de inteligencia de negocios adicional quienes debían acreditar experiencia profesional certificada de 5 años para obtener en conjunto 20 puntos, se aclara que según el pliego se debía allegar todos los soportes académicos, de experiencia y tarjeta profesional de estos dos ingenieros adicionales para poder obtener el puntaje (nota del numeral 8.1.1. del pliego de condiciones definitivo).

Para el precitado criterio ponderable el adjudicatario aportó dos profesionales cuyas tarjetas profesionales no tenían más de 1 año y 3 meses de expedida, por lo tanto, para el demandante no acreditaban 5 años de experiencia pues la contabilización de experiencia para los ingenieros es a partir de la expedición de la tarjeta profesional según el artículo 12 de la Ley 842 de 2003, en ese orden, al no acreditar la experiencia del personal adicional no se podía otorgar 20 puntos a Vortexbird (se aclara que este artículo de la Ley 842 de 2003 fue declarado exequible por medio de Sentencia de la Corte Constitucional C-296 de 2012)

El demandando responde que según el artículo 229 del Decreto Ley 19 de 2012 la contabilización de la experiencia es a partir de terminación de materias basado en un concepto del DAFP y del Ministerio de Educación el cual no es jurídicamente vinculante (artículo 28 Ley 1437 de 2011), donde se expresa la opinión que la Ley 19 de 2012 derogó tácitamente el artículo 12 de la Ley 842 de 2003. De igual forma en diligencia de testimonio el señor Julián Alberto Suarez Rico que ejerció como líder del proceso de compras públicas del demandado al momento de los hechos indicó que se tomó la experiencia a partir de la terminación de materias pues el Decreto Ley 019 de 2012 tuvo una expedición posterior a la Ley 832 de 2003 (la cual exige que para ingenieros la experiencia se contabiliza a partir de la expedición de la tarjeta profesional).

Al respecto, indicamos que la posición del demandado es errónea pues el Consejo de Estado en Sentencia de Nulidad del 12 de diciembre de 2022 con radicado 110010326000202000031 00, radicado interno 65841, Consejera ponente María Adriana

Marín, indicó que el artículo 229 del Decreto Ley 019 de 2012 regula de manera general la contabilización de la experiencia pero no generó una derogatoria tácita del artículo 12 de la Ley 842 de 2003, por tanto esta es una regla especial que aplica solo para la contabilización de experiencia de ingenieros, es decir, se aplica el criterio de especialidad normativa.

En igual sentido, en el año 2016 el Consejo de Estado se pronunció en Sentencia del 13 de diciembre de 2016, rad. 76001-23-33-000-2016-00525-01, C.P. Rocío Araújo Oñate, sobre la vigencia del artículo 12 de la Ley 842 de 2003 por criterio de especialidad, teniendo que la sentencia del 2022 aclaró que nunca ha habido derogatoria ni tácita ni expresa del artículo 12 de la Ley 842 de 2003, por ende, la contabilización de experiencia de ingenieros se debe realizar a partir de la expedición de la tarjeta profesional, de esta forma, no es consecuente normativamente que el Distrito de Cali indique que “lo que solicitó la entidad fue experiencia profesional en actividades relacionadas con el perfil o rol que iba a desarrollar en la ejecución del contrato (...) la entidad no debía requerir que la expedición de la tarjeta profesional fuera con más de 5 años de anterioridad al cierre del proceso, si no con actividades relacionadas”, lo anterior debela que hay error de aplicación normativa pues si bien el pliego no requería una tarjeta profesional de 5 años, si requería experiencia profesional de 5 años la cual según se ha aclarado se cuenta para ingenieros a partir de la expedición de tarjeta profesional y no terminación de materias, en ese orden, el Distrito no debió otorgar 20 puntos al adjudicatario Vortexbird por el equipo adicional ofrecido pues el mismo no cumplió con los 5 años de experiencia mínima.

De conformidad con lo anteriormente expuesto se evidencia un defecto en la evaluación ponderable de Vortebird que generó la asignación de 20 puntos, lo que a su vez, motivó la adjudicación a este oferente, ahora, si no se hubiese otorgado ese puntaje a Vortexbird, Nexura hubiese obtenido el mayor puntaje, siendo adjudicataria (de conformidad con la premisa que Vortebird tuvo en total 99.51 puntos y Nexura 87.88 puntos)

Misma situación se generó con el coordinador de proyecto del adjudicatario, en cual el pliego requería que acreditara 5 años de experiencia (numeral 2.5.3 del pliego de condiciones), pero tenía tarjeta profesional del 2019 lo cual le generaba experiencia de 1 año y 3 meses al momento del cierre, por ende, el adjudicatario tampoco cumplió con los requisitos habilitantes técnicos para el coordinador lo cual desvirtúa el acto demandado por falsa motivación pues en la realidad el adjudicatario no cumplió con la totalidad de requisitos habilitantes.

FUNDAMENTO 2 – Posgrado no contemplado en el pliego evaluado como cumple a partir del análisis del pensum.

Para el ingeniero de inteligencia de negocios que era un perfil adicional se requería que acreditara un posgrado en inteligencia de negocios, ingeniería de software, gerencia en inteligencia de negocios o ingeniería industrial (numeral 8.1.1 pliego de condiciones)

El oferente que fue adjudicatario aportó para este perfil un posgrado en sistemas gerenciales de ingeniería lo cual no se adecua a los posgrados listados en el pliego y adenda, por lo que, no se podía otorgar 10 puntos por el ofrecimiento de este perfil adicional al no cumplir con el requisito específico de posgrado, sin embargo, el demandante indica que si era permitido otros posgrados, esto fundamentado en una evaluación subjetiva (al indicar en la contestación de la demanda que este posgrado está relacionado con los requeridos) y criterios no contenidos en el pliego.

Al respecto se tiene que el pliego de condiciones no indicó que se admitían posgrados en temas relacionados y por medio de adenda 1 tampoco se modificó el pliego agregando esa apreciación de la entidad, por tanto, no era admisible que en la evaluación la entidad aplicara una regla no contemplada previamente. Esto generó que el oferente adjudicatario obtuviese 10 puntos lo cual a su vez definió la diferencia de puntaje sobre Nexura y conllevó a la adjudicación a este oferente.

Aunado a lo anterior es menester destacar que en audiencia de pruebas el señor John Heiber Saavedra Burbano que fue estructurador técnico del proceso de contratación, rindió testimonio indicando que determinaron que el posgrado en sistemas gerenciales de ingeniería cumplía al realizar un estudio al pensum de este posgrado, no obstante, ante las preguntas realizadas por el apoderado de la parte demandante, el ingeniero que rindió testimonio aclaró que en el pliego de condiciones no se indicó que se revisaría el pensum de los posgrados si los mismos no correspondían a los listados en el pliego. De esta forma se prueba que la evaluación del posgrado del ingeniero de inteligencia de negocios de Vortexbird se basó en criterios no plasmados en el pliego.

FUNDAMENTO 3 – No acreditación de experiencia en tecnología Oracle para el Ingeniero de bases de datos y en análisis de datos para el ingeniero de inteligencia de negocios.

Para el perfil adicional de Ingeniero administrador de bases de datos se requería acreditar experiencia en creación y manejo de bases de datos del motor Oracle, hago énfasis en esta

tecnología ORACLE pues el oferente Vortexbird allegó una certificación de experiencia para este profesional adicional pero en ningún apartado de este documento se indicaba que trabajó sobre motores específicamente Oracle.

El demandado hace un estudio subjetivo sobre el significado de DBA y lenguaje SQL para indicar que el profesional si tenía experiencia en creación y manejo de bases de datos, inclusive hace referencia a que el profesional propuesto por el adjudicatario tenía formación en Oracle, sin embargo, el meollo del asunto consiste en que el pliego requería tanto formación como experiencia en Oracle teniendo que el adjudicatario no acreditó la experiencia de este profesional en bases de datos del motor Oracle, pues en el mercado existen muchas tecnologías de bases de datos pero sobre esto no se pronunció la alcaldía y el pliego era claro al requerir experiencia en el manejo de bases de datos pero Oracle no de cualquier otra tecnología. De igual forma en los argumentos de conclusión del demandado se presentan unas frases técnicas las cuales no indican como fue que de manera objetiva concluyeron que el ingeniero si tenía experiencia en tecnología Oracle, pues como se evidencia solo se aborda el lenguaje SQL que es diferente a Oracle

También en la demanda se indicó que para el perfil adicional ingeniero inteligencia de negocios no se acreditó experiencia en análisis de datos como lo requería el pliego, pues el certificado de experiencia de este profesional era general (es decir no contenía ninguna función o actividad desempeñada) y tampoco hacía referencia a que hubiese realizado esas actividades en específico, al respecto, la demandada no se pronunció ni en la contestación de la demanda ni en los alegatos de conclusión.

De acuerdo con lo anterior ninguno de los profesionales adicionales acreditó en debida forma la experiencia requerida, por lo que la entidad no debió otorgar los 20 puntos (10 puntos por cada profesional adicional). Así de nuevo se desvirtúa la presunción de legalidad del acto demandado, configurándose la falsa motivación por la causa antes esbozada e infracción en las normas en que debe fundarse al desconocer el principio de legalidad sobre las condiciones consignadas en el pliego, generando que si no se hubiese otorgado esos 20 puntos a Vortexbird, el oferente Nexura hubiese sido el oferente con mayor puntaje y adjudicatario.

FUNDAMENTO 4 – Validación de documentos en idioma extranjero sin la debida traducción oficial.

El pliego de condiciones otorgaba puntaje por certificaciones de cursos realizados por el equipo de trabajo así: 5 puntos si el ingeniero administrador de bases de datos acreditaba curso en bases de datos Oracle, 5 puntos si el ingeniero inteligencia de negocios acreditaba curso en Power BI, y 7 puntos si coordinador de proyecto acreditaba certificación Scrum o PMP. Se tiene que el oferente Vortexbird si allegó certificado de estos cursos para cada profesional pero estos se encontraban en inglés, por lo tanto, no podían ser valorados dentro del proceso sino tenían su respectiva traducción oficial de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 10.4 de la circular única de Colombia Compra Eficiente vigente para la época, así como el numeral 6.2. del pliego de condiciones.

La entidad contratante indicó que la circular de Colombia Compra Eficiente se aplica cuando la mayoría de la oferta es en idioma extranjero, en ese orden, no se aplica para cursos formales, además en la contestación de la demanda se indica que el comité evaluador de la entidad era altamente calificado, en ese orden tradujeron y entendieron las certificaciones y cursos en inglés.

Al respecto se debe indicar que el demandado incurre en una mala interpretación de la circular de Colombia Compra Eficiente (CCE) pues la misma reza que “Los documentos en idioma distinto al castellano deben ser presentados en su lengua original junto con la traducción oficial al castellano”, de la lectura se desprende que es aplicable a cualquier tipo de documento en idioma extranjero sin reparar si se trata de un diploma formal de una universidad o un curso no formal o cualquier otro documento, a su vez, se desprende que no es necesario que la mayoría de la oferta esté en idioma extranjero, con tan solo un documento en idioma extranjero se debe allegar la respectiva traducción oficial.

Es menester recordar que la circular única de Colombia compra eficiente (vigente al momento de los hechos porque fue actualizada recientemente) en su numeral 10.4¹ indicaba que sería posible allegar solamente la traducción simple de documentos en idioma extranjeros si el estudio previo así lo contemplaba y estos eran especializados, sin embargo, ni el Estudio previo ni los documentos del proceso en ningún apartado indicaron que los documentos especializados podrían allegarse con traducción simple.

En ese orden al no allegar el oferente adjudicatario la traducción oficial de los certificado de cursos que otorgaban puntaje no se podía valorar estos cursos al encontrarse en idioma

¹ <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-de-apoyo/adquisicion-bienes-y-servicios/circulares/circular-externa-unica-de-cce.aspx>

extranjero y aunque el equipo evaluador fuese muy calificado la norma es clara al requerir la traducción oficial (artículo 251 de la Ley 1564 de 2012 y numeral 10.4 Circular Única CCE), esto sustentado en el artículo 10 de la Carta Política la cual indica que el idioma oficial es castellano.

Aunado a lo anterior, se tiene que la exigencia de la traducción obedece a que el equipo evaluador no es el único actor en el proceso de contratación pública. Es por esto que no se debió haber admitido estos cursos en idioma extranjero ni mucho menos otorgar 17 puntos por este concepto al oferente Vortexbird.

En los alegatos de conclusión el demandado expresa que “la entidad estaba en facultad de solicitar a los proponentes subsanar documentos y solicitar traducción simple al castellano siempre y cuando sea necesario”, sin embargo, ignora que los documentos objeto de ponderación no pueden ser subsanados de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En el expediente reposa un concepto de Colombia Compra Eficiente donde estudia el caso en general e indica que cuando se trata de criterios ponderables la traducción oficial no es objeto de subsanación al tratarse de una acreditación integral.

Se aclara que en el expediente no obra evidencia de que Vortexbird hubiese allegado a modo de subsanación la traducción oficial de los documentos del equipo de trabajo que estaban en idioma extranjero.

FUNDAMENTO 5 – Certificaciones de experiencia del equipo de trabajo sin funciones o actividades ignorando que pliego las requería.

El pliego de condiciones requería que las certificaciones de experiencia del personal incluyeran las actividades que ejecutaron (funciones ejecutadas). Las certificaciones de experiencia del equipo de trabajo de Vortexbird no incluían las actividades que ejecutaron o funciones, solo incluían el cargo.

La entidad indicó en respuesta a observaciones que inaplicaría la anterior regla bajo el argumento “no se puede pretender que las certificaciones tengan funciones porque es algo específico” lo cual es paradójico pues revisado el equipo de trabajo fue el mismo oferente el que certificó toda la experiencia del personal, por ende, el oferente estaba en la obligación de acatar el pliego e incluir las actividades o funciones, e inclusive subsanar las certificaciones de experiencia del equipo al ser el auto certificador del equipo de trabajo.

De igual forma se tiene que fue la misma entidad la que estableció esta regla en el pliego por lo tanto se debió cumplir.

Adicionalmente el pliego de condiciones en página 17 indicó que “Para la experiencia profesional relacionada en el caso que las certificaciones del equipo de trabajo no contengan toda la información solicitada, el proponente debe anexar el contrato o el acta de terminación y/o liquidación del mismo, de tal forma que la información no contenida en la certificación, se complementa con el contenido de dichos documentos”, es decir, los oferentes no estaban limitados a acreditar la experiencia en certificaciones sino que la prueba de las funciones o actividades se podía cumplir a través de otros documentos.

Al respecto la entidad en alegatos de conclusión indica que “no se puede pretender que las certificaciones taxativamente transcriban lo solicitado en el pliego de condiciones. Lo factible sería permitir (con la finalidad de afianzar la posibilidad de competencia y oposición entre quienes se presenten), que la experiencia guarde relación con lo solicitado en el pliego de condiciones, puesto que, ir en contravía de ello implicaría cerrar el proceso a un mínimo de oferentes”. Lo anterior no evidencia una coherencia pues lo que se controvierte es que las certificaciones del equipo de trabajo no tenían actividades o funciones desempeñadas como lo requería el pliego no una falta de taxatividad en dichas certificaciones.

Si la entidad hubiese aplicado la anterior regla en la evaluación de Vortexbird hubiese generado dos situaciones: 1. En la evaluación del adjudicatario no cumplía la experiencia del equipo habilitante y 2. No otorgar 20 puntos por el equipo adicional, generando que Nexura hubiese obtenido el mayor puntaje.

FUNDAMENTO 6 – No acreditación de experiencia del adjudicatario en mantenimiento y actualización de sistemas informáticos y evaluación subjetiva sobre experiencia en soporte de sistemas informáticos.

El pliego de condiciones requería que el oferente acreditara experiencia específica en contratos cuyo OBJETO fuera “servicios de soporte, actualización y mantenimiento de soluciones misionales”, sin embargo, ningún objeto contractual de los certificaciones de experiencia allegados por el adjudicatario vortexbird contenía específicamente las actividades de “soporte, actualización y mantenimiento”.

El demandado en la contestación y alegatos de conclusión indicó que los contratos de software tienen “implícitamente” actividades de soporte, actualización y mantenimiento, teniendo que la evaluación basada en información implícita (es decir en información que no está específicamente acreditada en la oferta de vortexbird) configura una evaluación subjetiva contraria a los principios de la contratación pública, en la cual prima la selección objetiva basada en lo que el oferente efectivamente acredite en la oferta.

En los alegatos de conclusión el demandado expresa que el oferente cumplió con la experiencia pues la experiencia es soporte de soluciones informáticas está implícito en cualquier contrato de tecnología, en ese orden, si estaba implícito no era necesario que se requiriera en el literal a del numeral 7.1.2 del pliego de condiciones que los objetos contractuales de la experiencia incluyeran la actividad de “soporte” bajo esa lógica solo era necesario requerir experiencia de contratos relacionados con construcción o desarrollo de soluciones lo cual no se expresó en el pliego.

Aunado a lo anterior el demandado arguye que la experiencia cumplió pues estaba clasificada con los códigos UNSPSC requeridos en el pliego. Al respecto se debe aclarar que la experiencia no solamente debía contener los códigos UNSPSC en el RUP sino que debían acreditar cada experiencia objeto contractual de “soporte, actualización y mantenimiento” de soluciones informáticas”. Teniendo que el oferente allegó cuatro certificaciones contractuales, así:

Coomeva – Contrato No. GNO-DNC-PS-12-2015: No acredita en el objeto soporte, actualización o mantenimiento. El oferente allega copia del contrato en el cual no se evidencia las actividades del pliego en las obligaciones. A partir de la revisión se concluye que es un contrato de desarrollo de software a la medida donde se incluyeron según el alcance actividades de análisis, diseño, desarrollo, implementación, despliegue y pruebas, lo cual no cumple con las actividades requeridas en el pliego.

Coomeva – Contrato No. GNO-DNC-PS-2015: No acredita en el objeto soporte, actualización o mantenimiento. El oferente allega copia del contrato en el cual no se evidencia las actividades del pliego en las obligaciones. A partir de la revisión se concluye que es un contrato de desarrollo de software a la medida donde se incluyeron según el alcance actividades de análisis, diseño, desarrollo, implementación, despliegue y pruebas, lo cual no cumple con las actividades requeridas en el pliego.

Coexito SAS – Contrato DJ.COEXITO-012-2015: Certificación no discrimina actividad solo el objeto contractual el que se evidencia que solamente se realizó desarrollo e implementación de software y no se advierte que se hubiese hecho mantenimiento, ni soporte, ni actualización.

Coexito SAS – Contrato DJ.COEXITO-001-2015: Certificación no discrimina actividad solo el objeto contractual el que se evidencia que solamente se realizó el desarrollo de mejoras que es compatible con una actualización, sin embargo, no se advierte que se hubiese hecho mantenimiento, ni soporte.

A partir del conjunto de pruebas el juez podrá determinar que el oferente Vortexbird no acreditó de manera objetiva la experiencia requerida en el pliego en “soporte, mantenimiento y actualización de sistemas”, adicionalmente el demandado no mencionó de que forma Vortexbird si acreditó de manera objetiva las actividades de experiencia en “mantenimiento y actualización de sistemas” pues solo se limitó a indicar que la actividad de “soporte” está implícita dejando de lado que no se acreditó tampoco en los soportes contractuales experiencia en mantenimiento y actualización.

En la contestación de la demanda se indica que el Distrito de Cali actuó bajo la discrecionalidad administrativa positiva, al respecto El concejo de Estado ha indicado que esta discrecionalidad no es absoluta y como se evidenció en cada fundamento la entidad desconoció el pliego de condiciones bajo pretexto de esta discrecionalidad.

ARGUMENTO DE CIERRE

De acuerdo con lo expuesto en cada uno de los fundamentos la entidad desconoció en la evaluación del oferente adjudicatario las reglas del pliego de condiciones , lo cual generó que sin que el adjudicatario hubiese cumplido la totalidad de requisitos habilitantes y sin haber acreditado en debida forma criterios para acceder al puntaje por el equipo de trabajo adicional se le hubiese adjudicado el proceso generando así que el acto administrativo de adjudicación estuviese viciado por infracción de las normas en que debería fundarse al desconocerse el pliego de condiciones en la evaluación (legalidad) y el principio de selección objetiva.

El acto administrativo demandado también adolece de falsa motivación pues Vortexbird en la realidad no acreditó la totalidad de requisitos habilitantes y ciertos criterios ponderables para ser considera la oferta más favorable, en ese orden, se tiene que si la entidad hubiese aplicado en debida forma los requisitos del pliego Nexura hubiese sido el adjudicatario al

haber sido evaluado como cumple en los aspectos jurídicos, técnicos y financieros y obtener 87.88 puntos que es puntaje superior al obtenido por el oferente habilitado B2BTIC SAS y al de Vortexbird sino se le hubiese otorgado puntaje objeto de discusión en este documento. De esta forma se desvirtúa la presunción de legalidad del acto de adjudicación y se demuestra que la oferta del demandante era la más favorable.

Cordialmente,

A stylized, handwritten signature in black ink, appearing to read 'A.F. Parra P'.

ANDRÉS FELIPE PARRA PERILLA

C.C. No. 1.015.447.832

Tarjeta Profesional 313657