

**10100-21077**  
**24 SET.1005**

Señor  
**LUIS EDUARDO GARZÓN**  
Alcalde Mayor  
Carrera 8ª No.10-65  
Bogotá D.C.

Ref: *Control Fiscal de Advertencia a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y EMGESA S.A.*

Respetado señor Alcalde Mayor:

Como consecuencia de las denuncias recientemente presentadas a este organismo de control, por el Presidente del Concejo de Bogotá, Hipólito Moreno, sobre presuntas irregularidades cometidas en la EAAB por el gerente de entonces Dr. Germán Corredor Avella, y como resultado de las visitas especiales de carácter fiscal que realizó la Contraloría de Bogotá, en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. -EAAB- y EMGESA S.A E.S.P., se observan situaciones fácticas que hacen oportuno acudir a la figura del **Control de Advertencia**, prevista en el numeral 8 del artículo 5 del Acuerdo 24 de 2001.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá -EAAB- fijó el día 18 de julio de 2005 como fecha para la apertura de la invitación pública No IT-544, cuyo objeto era la “COMPRVENTA DE ENERGÍA EN EL MERCADO NO REGULADO” y como fecha de cierre fijó el día 29 del mismo mes y año. En este último día EMGESA S.A. E.S.P. presentó oferta para participar en la citada invitación, señalando, el Representante Legal de ésta, entre otros asuntos, lo siguiente: “... 5. *Que con la firma de la presente Carta manifiesto bajo la gravedad del juramento que no me encuentro incurso en ninguna de las causales de inhabilidad, incompatibilidad y demás prohibiciones consagradas en la Ley para celebrar el contrato...*”, agregando a su vez que la oferta tiene la garantía bancaria de seriedad de la oferta, No. 131715 del Banco de Crédito, por valor de \$6.221.380.406,00, con vigencia hasta el 27 de octubre de 2005.

Cabe señalar que la garantía de seriedad de la oferta, expedida por el Banco de Crédito, se describe como una garantía irrevocable, pagadera a la vista, sin necesidad de declaración judicial o arbitral, con la simple solicitud de la EAAB.

El 22 de agosto de 2005, el Gerente Corporativo de Tecnología de la EAAB, dispuso el rechazo de la oferta, en razón a que la propuesta de EMGESA S.A. E.S.P. no cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos en las condiciones y términos de la invitación pública No IT -544.

El cuadro resumen de la evaluación jurídica, financiera, técnica y económica de la Gerencia Jurídica y Dirección de Contratación de Compras de la EAAB determina, que EMGESA S.A. E.S.P. no cumplió jurídica, ni técnicamente, los requerimientos de la invitación pública.

El 5 de agosto de 2005 se efectuó la evaluación técnica determinando que EMGESA no cumplió en dos (2) de los siete (7) ítems a calificar, a saber: “...no presentó la carta solicitada en el literal c) del numeral 2.3.1. de los pliegos en relación con los servicios adicionales requeridos en el numeral 4.8...” y no demostró “...que durante el año 2004 se atendió un mercado de energía en la modalidad de No Regulado igual o superior a 70'000.000 de KWh...”.

El 18 de agosto de 2005 se realizó la evaluación jurídica, y su análisis arrojó que en todo lo exigido en las condiciones y términos de la invitación la propuesta de EMGESA cumplía, pero “...Se encuentra una incompatibilidad de acuerdo con el numeral 2 literal d) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, con la cual se presentaría causal de rechazo de conformidad con el numeral 1.17 literal f) de los pliegos y condiciones de la invitación...”, por lo que el concepto final, es que no cumple jurídicamente los requerimientos de la invitación pública.

Las evaluaciones técnica y jurídica de la oferta de EMGESA S.A. E.S.P. permiten establecer a la luz de las condiciones y términos de la invitación pública No IT -544, que el rechazo de la propuesta obedeció exclusivamente a la incompatibilidad legal en que se encontraba incurso el proponente, al tener, que un miembro de la Junta Directiva de EMGESA S.A. E.S.P. era a la vez el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. ( entidad contratante), como se demuestra.

En efecto, dentro de las causales de rechazo de las ofertas establecidas en el numeral 1.17 de las condiciones y términos de la invitación No IT-544 no se encuentran los ítems referidos en la evaluación técnica, y ello tiene su fundamento, en la circunstancia de que tales exigencias eran subsanables; pues:

1.- El literal e. del mismo numeral 2.3.1., prevé que si no se presentaron con la oferta los documentos requeridos en los literales b.,c., y d. del citado numeral, la EAAB señalaría un término al oferente para que allegara éstos, y precisamente los documentos aludidos en la evaluación técnica como incumplidos están enunciados en los literales b. y c., es decir, la carta con ofrecimiento de servicios técnicos adicionales contenidos en el numeral 4.8 y las certificaciones del ASIC “Condiciones Especiales” requeridas en el ANEXO No 3, estando dentro de éste, la de demostrar que el proponente atendió un mercado en el año 2004 de energía No Regulada igual o superior a 70.000.000 de KWh;

2.- La carta con ofrecimiento de servicios técnicos adicionales, según el contenido del numeral 4.8, podía presentar al momento que la EAAB seleccionara el oferente, según el texto de aquel, “...*El OFERENTE FAVORECIDO deberá indicar específicamente, (...)*”;

3.- El requisito de acreditar, que el oferente atendió en el año 2004 un mercado de energía No Regulada igual o superior a 70.000.000 de KWH, era una condición que podía certificar EMGESA S.A., pues en desarrollo del contrato CNR 1185 celebrado entre ésta y la EAAB, el Gerente General de EMGESA S.A. certificó a la Contraloría de Bogotá, que le suministraron al contratante 106.119.630 KWH de energía No Regulada;

4.- La decisión de EAAB obedeció a unos requisitos formales, ya que se pudo establecer con los testimonios de los evaluadores, que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá conocía que EMGESA tiene la experiencia y capacidad técnica suficiente para ejecutar adecuadamente el objeto contractual, por tanto en cumplimiento de los principios rectores del manual de contratación de la Empresa la oferta se ajustaba a los intereses de aquella;

5.- La aceptación de la oferta dependía del resultado de la evaluación económica, la cual cumplió EMGESA S.A., numeral 1.14.3 de las condiciones y términos de la invitación.

También cabe destacar, que la EAAB y EMGESA S.A. desde el 1° de enero de 2002, tenían suscrito el contrato CNR1185, cuyo objeto era el suministro de energía eléctrica No Regulada, vigente hasta el 31 de agosto de 2005, negocio jurídico que debió ceder el contratista a la Central Hidroeléctrica de Betania, el 15 de agosto de 2005, en atención a que le sobrevino una incompatibilidad a EMGESA S.A., al tener, que el Ingeniero Germán Corredor Avella, fue designado como miembro de la Junta Directiva de EMGESA S.A., cuando también era Gerente General de la EAAB.

Como consecuencia de la no aceptación de la oferta presentada por EMGESA S.A., para el suministro de energía eléctrica no regulada, la EAAB decidió prorrogar el citado contrato CNR1185 hasta el 31 de octubre de 2005. El organismo de control fiscal entrará a evaluar las consecuencias patrimoniales de estas decisiones.

Bajo este contexto, se desprende con claridad que de no haberse presentado la incompatibilidad prevista en el literal d) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, la oferta de EMGESA S.A. hubiese sido aceptada. Premisa que permite inferir, que EMGESA S.A. al momento de preparar la propuesta para la invitación pública IT-544 no realizó el estudio jurídico que demanda la presentación de una oferta, ya que de haberlo hecho inexorablemente llegaría a la conclusión a la que arribó la EAAB, cuando hizo la evaluación jurídica de la oferta, por esta razón y teniendo en cuenta que la garantía bancaria de seriedad de la oferta cobija entre otros riesgos, que el oferente no se encuentre incurso en ninguna causal de inhabilidad e incompatibilidad, como lo ha entendido nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>[1], y al

---

<sup>1</sup>[1] Sentencia 6227 del 15 de julio de 1991, Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández, Sección Tercera, Sala Contencioso Administrativo, Consejo de Estado:

*Al existir la inhabilidad en el caso que ocupa a la Sala, dado que el Ingeniero Alberto Valencia Ramírez, pariente de los interesados en la adjudicación del contrato, se desempeña como Jefe Departamento de Alcantarillado, resulta obvio que la Empresa contratante no podía con conocimiento de causa, esperar a que el contrato se perfeccionara para poder aplicar la sanción legal de declararlo terminado, y como le estaba prohibido revocar la adjudicación, lo adecuado hubiera sido que la Administración terminara el proceso de contratación, es decir, ordenar que no se continuara con los*

estar vigente la garantía bancaria (27 de octubre de 2005) expedida por el Banco de Crédito, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá puede hacer efectiva la misma, en aras de preservar los principios de responsabilidad y seriedad que gobiernan la actividad contractual.

De otra parte, es necesario señalar, que este Despacho se aparta de lo sostenido por el Director de Asesoría Legal (e) de la EAAB, en su concepto No 5703 del 19 de agosto de 2005, pues si bien es cierto, que ni las condiciones de los términos de la invitación pública IT 544, ni el legislador prevén causales taxativas para hacer efectiva la garantía de seriedad de una oferta, no implica ello que el único evento para hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, es cuando el adjudicatario no suscribe el contrato, numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, ya que se puede presentar un elenco de variadas causales, verbigracia, el de las inhabilidades e incompatibilidades, el retiro de la oferta en la etapa de evaluación, cuando allegan documentos apócrifos, renuencia en el perfeccionamiento del contrato, etc. Ello en razón a que la teleología de la garantía de seriedad de la oferta, no es otra, que los proponentes garanticen que su oferta se edificó conforme a las exigencias de los pliegos de condiciones o términos referencia y que están en capacidad de ejecutar el objeto contractual, todo ello para evitar que la administración o entidad contratante realice un esfuerzo infructuoso que culmina con la declaración de desierto el proceso precontractual o que se seleccione una propuesta que va a presentar inconvenientes, siendo está la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, en esta materia.

En este orden de ideas, Señor Alcalde, este Despacho, sin perjuicio de las acciones legales que en su momento se adelantarán, le solicita tener en cuenta las circunstancias que motivan el presente control de advertencia, y a su vez es importante que la administración previamente a seleccionar los miembros de las juntas directivas y gerentes de las entidades distritales, verifique que éstos no se encuentren incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidad, pues no solo impedirían el ejercicio de sus funciones, sino que además dificultarían la actividad negocial de tales empresas, como es el caso de EMGESA S.A y la EAAB, donde la primera perdió un negocio aproximado de \$54.053'804.056,oo., por estar incurso en una incompatibilidad, y la segunda deberá hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta.

Por lo anterior, le solicito informar en un término no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir del recibo del presente qué acciones concretas se tomarán frente a lo siguiente:

1. Las acciones que ha adelantado la EAAB para hacer efectiva la póliza de seriedad de la propuesta presentada por EMGESA S.A. para la invitación IT – 544, suscrita por un valor de \$6.221.380.406,oo
2. Las acciones que adelantará su Despacho para evitar se presenten inhabilidades e incompatibilidades de este tipo.

---

*trámites de perfeccionamiento del contrato, suspender su diligenciamiento en estado en que se encontraba **al tener conocimiento de la causal de inhabilidad y hacer entonces efectiva la garantía de seriedad de las propuestas.** Sin embargo, a pesar de esta reflexión lo que hizo fue dar por terminado el contrato, solución que no era la más acertada por cuanto éste no existía, como tal, frente la Ley, y además, fue mucho más allá al ordenar que hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria imputando su cobro a la compañía de seguros que otorgó la garantía de cumplimiento.*

*Respecto de este último punto, al cual no hizo alusión el a – quo a pesar de la intervención en el proceso por parte de la garante Compañía de Seguros Alfa, cuyo escrito fue relacionado en los antecedentes de esta providencia, es forzoso, concluir que le asiste plena razón a ésta, ya que mal podría aceptarse que antes de que existiera el contrato, fuera posible hacer efectiva una póliza que lo garantizara; porque si todavía se encontraba el proceso en la etapa precontractual, **lo legal y razonable hubiera sido ordenar el cobro de la póliza vigente a ese momento, es decir la de seriedad de la propuesta.**” (negritas fuera del texto)*

Cordialmente,

**ÓSCAR GONZÁLEZ ARANA**  
Contralor de Bogotá. D.C

Con copia:

Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogota.

Gerente General de EMGESA S.A.

Elaboró: Aurelio Enrique Rodríguez Guzmán- Coordinador G.A.E.

Revisó: El Grupo de Actuaciones Especiales G.A.E.

---