



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SALUD
Subred Integrada de Servicios
de Salud Norte E.S.E.

ADENDA 002

RESPUESTA A OBSERVACIONES Y/O ACLARACIONES A LAS EVALUACIONES DE LA INVITACIÓN A COITIZAR No. 014 - 2017

OBJETO:

“ARRENDAMIENTO DE LOS ESPACIOS O LOCALES PARA ADECUACIÓN Y MONTAJE DE CAFETERÍA Y/O RESTAURANTE”

En Bogotá D.C., a los dos (30) días del mes Octubre del año 2017, la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. procede a expedir la siguiente adenda a fin de dar respuesta a las observaciones y/o aclaraciones a las evaluaciones del presente proceso de selección, a saber:

PRIMERO: Julia Maritza Omaña Peñaranda, Representante Legal SERVINUTRIR SAS (26 de octubre de 2017, 16:26).

OBSERVACION No 1:

I. ILEGALIDAD DE LA VISITA TÉCNICA COMO REQUISITO HABILITANTE:

De acuerdo con los manuales que regulan la contratación de su entidad, la misma no se rige por la ley de contratación pública sino por los principios que regulan la contratación, dentro de los cuales, sin duda, se encuentra el de la selección objetiva, el cual la entidad sin ninguna justificación esta irrespetando y vulnerando, al incorporar en este proceso de selección barrera ilegales que claramente prohíben la participación plural como lo es el de establecer la VISITA TECNICA COMO REQUISITO HABILITANTE.

Esta vulneración de este principio y la ilegalidad de dicha conducta fue resuelta en proceso judicial por la propia Procuraduría, en donde actúa el suscrito, y el ente de control, que conocerá de este asunto sino se elimina el ilegal requisito, señaló:

PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA

ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

CONCEPTO No 298 /2012

Ventanilla de Correspondencia: Cra. 6 A No. 119B-14
Sede Administrativa: Calle 66 No. 15-41
Tel.: 6583030/ 3499080
www.subrednorte.gov.co
Info: Línea 195

1
**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

2/12

"Bogotá, D.C., 29 de octubre de 2012

Señores

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C

Consejera Ponente **Dra. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ**

E. S. D.

Ref: Proceso No 42.282 (11001032600020110006500)

Acción de Nulidad y Suspensión Provisional

Actor: FELIPE USECHE GARCIA

Demandado: POLICIA NACIONAL – Dirección de Sanidad

El Ministerio Público presenta a consideración de la Sala su concepto en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 Demanda.- CARLOS FELIPE USECHE GARCIA, en ejercicio de la acción de simple nulidad, instauró demanda¹ contra la POLICIA NACIONAL – DIRECCION DE SANIDAD, para que se declare la nulidad de algunos apartes del pliego de condiciones definitivo y de la adenda número 2 del proceso de contratación Selección Abreviada – (...)

(iii) Análisis del Ministerio Público

(iii.1) Una lectura integral del pliego de condiciones definitivo cuyos apartes se demandan, permite inferir que la inclusión de la visita técnica como requisito obligatorio y habilitante, si contraviene las normas legales y reglamentarias invocadas por el actor. Veamos:

La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado², es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

El artículo 5 de la ley 1150 de 2007, que regula el principio de selección objetiva en el numeral 1 establece:

"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. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación."

(resalto y subrayo)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³, hizo las siguientes precisiones frente al precitado numeral:

(...)

3. La diferenciación entre las condiciones relativas al proponente y los elementos relativos a la oferta

² Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) –acumulados.

³ Radicación No 1.992 de 20 de mayo de 2010 Exp 11001-03-06-000-2010-00034- 00

El primero de los cambios indicados en el punto anterior consiste en la diferenciación entre las condiciones habilitantes o relativas al proponente y los elementos del negocio jurídico contenidos en las ofertas o propuestas; diferenciación que se encuentra en las reglas relativas a la manera como debe hacerse la selección objetiva por parte de la entidad licitante, y en especial en el artículo 5° de la ley 1150 de 2007⁴, el cual derogó el 29 de la ley 80 de 1993. Dice la norma vigente

(...)

De las normas transcritas, y en cuanto es relevante para el concepto, destaca la Sala que los factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes se definen como "requisitos habilitantes" que no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo, los cuales sólo son susceptibles de verificación por la Cámara de Comercio. La norma transcrita radica esta etapa de la selección objetiva en las Cámaras, las cuales deben hacerla de forma general de manera que sirva para cualquier licitación, y como se verá más adelante, hay varias excepciones, en las que las mismas entidades licitantes deben hacer esta verificación, siendo una de ellas el contrato de consultoría, con el fin de valorar la experiencia específica del proponente y del equipo de trabajo.

Los requisitos habilitantes que son materia de verificación, deben ser tomados por la entidad licitante del registro único de proponentes, y ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato que se suscribirá y a su valor, lo que significa que no es ajustado a derecho exigir condiciones distintas de aquellas que resulten necesarias para cumplir con el objeto del contrato.

(...)"

El artículo 5° de la ley 1150 de 2007 privilegia las condiciones técnicas y económicas de la oferta, señalando que ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta dichos factores de escogencia y *"la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos"*, es decir, el peso o valor exacto que tendrá cada uno de los mismos en la calificación total de la propuesta, *"contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos"*.

⁴ "por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos". Publicada en el Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007.

Estos elementos deben ser ponderados por la entidad licitante respecto de aquellos proponentes hábiles, esto es, sólo a aquellos que en la verificación de los requisitos habilitantes demostraron tener los requisitos necesarios para celebrar el contrato.

(...)

Como se observa la norma distingue entre las condiciones del proponente necesarias para participar en la licitación, llamándolas requisitos habilitantes, que dan lugar a verificación, y los criterios propios del objeto del contrato que son materia de evaluación, en donde se privilegian los factores técnicos y económicos sujetos a comparación y puntuación.

(Resalto y subrayo)

De lo expuesto se infiere que no es posible considerar la “visita técnica” como de aquellas exigencias que hacen parte de las condiciones habilitantes o relativas al proponente, en tanto que con en ella no se acredita ni la experiencia, ni la capacidad financiera, ni jurídica y mucho menos la organización de los proponentes.

La asistencia a dicha diligencia tiene como propósito que los proponentes conocieran las condiciones de las instalaciones en las cuales se prestaría el servicio integral de aseo y desinfección y que pudieran dimensionar mejor la magnitud del objeto a contratar y contar con todos los elementos para confeccionar una oferta acorde a los requerimientos exigidos por la entidad contratante.

Esta actividad dentro del proceso contractual sirve además para distribuir los posibles riesgos, en tanto se entiende que quien no cumple con la asistencia a esta clase de visitas asume las consecuencias de su propia omisión y no le servirá de excusa para presentar reclamaciones posteriores, con fundamento en lo que pudo verificarse en dicha visita.

Si bien la exigencia de la visita técnica a la Disan, corresponde al principio de responsabilidad, ya que tiene como finalidad dar a conocer los sitios donde se prestaría el servicio y suministrar la información complementaria que requieran los proponentes sobre el objeto contractual, también lo es que no puede servir para edificar causal de rechazo, pues se trata de condición que no es posible enmarcar como “habilitante”. En consecuencia calificarla como requisito habilitante resulta violatorio del principio de selección objetiva,

razón suficiente para inferir que los apartes del pliego de condiciones que se acusan de ilegales se encuentran afectados de nulidad.

Cabe además precisar que la visita técnica corresponde a una simple formalidad y no a un requisito sustancial, pues no constituye una condición necesaria para cumplir con el objeto a contratar, y por lo mismo no se puede tomar como referente diferenciador en la comparación de propuestas.

Las consideraciones que se dejan expuestas son suficientes para concluir que la presunción de legalidad que cobija al pliego de condiciones definitivo se desvirtuó respecto de aquellos apartes que incorporan la visita técnica como requisito obligatorio y habilitante, en tanto resultan violatorios de las normas legales y reglamentarias invocadas por el actor”.

Es contundente el Ministerio Público frente a la acción presentada por el suscrito CARLOS FELIPE USECHE, al señalar la ilegalidad y violación de los principios de la contratación, de la selección objetiva que la entidad si debe respetar, al establecer barreras ilícitas e ilegales como lo es las tristemente célebres formas de cerrar pliegos de condiciones para direccionar contratos como lo es la VISITA TÉCNICA.

Es por esta razón que se solicita so pena de la ilegalidad que estructura el requisito de VISITA TÉCNICA OBLIGATORIA y de las investigaciones pertinentes que se denunciarán, que se evalúe la propuesta de SERVINUTRIR S.A.S. y se califique como hábil de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos técnicos, jurídicos y financieros.

RESPUESTA:

Resulta necesario entrando en el análisis de las observaciones presentadas por SERVINUTRIR SAS, puntualizar algunos aspectos de los allí manifestados.

Dentro del estatuto de contratación de la Subred Norte ESE se señala las reglas y parámetros que rige la actividad contractual de la institución, basadas en las normas

señaladas en los considerandos, de las cuales se resalta la ley 100 de 1993 la ley 1438 de 2011 en su Artículo 76

Conforme a estas normas y otras que aparecen en los citados considerandos, efectivamente la contratación de las ESE se rige por el derecho privado lo que de ninguna manera significa que no existan reglas que deban cumplirse teniendo en cuenta para este aspecto principalmente lo manifestado en el referido artículo 76 de la ley 1438 de 2011.

Obviamente las ESE sujeta a un régimen especial de contratación, debe por vía de excepción cumplir las inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la ley 80 de 1993 y los principios específicos de esta misma norma y de posteriores como el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo

El estatuto que rige la actividad contractual de la Subred Norte E.S.E Acuerdo 024 de Septiembre 20 de 2017, de la Junta directiva, establece como modalidades de contratación principalmente la contratación directa y la convocatoria pública, dependiendo de la utilización de cada una de ellas, de su monto, el cual está determinado por un porcentaje del presupuesto anual aprobado para la entidad por el CONFIS Distrital.

Por ser la presente contratación inferior al 0.3% del presupuesto anual aprobado por el CONFIS para la ESE se trata de una Invitación a cotizar que se encuentra dentro de la denominada Contratación directa. En estos términos no se trata de una convocatoria pública propia del estatuto general para la contratación pública ni de pliegos de condiciones que se utilizan para la convocatoria pública de las Subredes del Distrito Capital

De otra parte y como se mencionó anteriormente dentro del estatuto de la ESE están determinados los principios que rigen su actividad contractual y los procesos que inician lo tienen en cuenta en cada una de sus etapas, sin importar que se trate de contratación directa o convocatoria pública; así las cosas la invitación a cotizar utilizada para el arriendo de sitios para la instalación de cafeterías no viola ninguno de los principios establecidos, conforme a la siguiente razón:

Se estableció un cronograma que determina las etapas que deben surtirse dentro del proceso entre ellas, la concerniente a:

- ✓ Publicación y apertura del proceso el día 9-10-17
- ✓ Visita técnica de carácter obligatorio el día 11-10-17

- ✓ Presentación de observaciones a las condiciones de la invitación el día 12-10-17
- ✓ Respuesta a Observaciones: el día 13-10-17
- ✓ Publicación de invitación a cotizar definitiva el día 17-10-17

Es decir por la falta de interés o negligencia de un posible oferente no se hizo parte del proceso en oportunidad y luego trata de enmendar el error manifestando que se está violando el principio de selección objetiva. Tuvo SERVINUTRIR SAS oportunidad para observar u objetar la visita técnica y no lo hizo para luego tratar de enmendar la situación manifestando que es ilegal, lo surtido hasta ese momento.

El requisito habilitante de solicitar visita obligatoria no es caprichoso por parte de la administración ni significa orientar la contratación, como maliciosa y temerariamente lo manifiesta SERVINUTRIR, sin tener para el efecto ningún soporte legal. Esta conducta si podría eventualmente constituir una violación a las normas penales y disciplinarias reservándose la institución la posibilidad de hacerlo o no, ante la conducta reiterada de esa empresa de manifestar siempre que no es seleccionada dentro de un proceso que se trató de una actividad amañada y para favorecer a terceros.

La visita obligatoria a que nos estamos refiriendo resulta necesaria e importante en consideración a que tiene que ver con los riesgos que se asumirían cuando se pretende cotizar sin conocer las condiciones actuales del sitio donde se va a ejercer la actividad comercial, los acondicionamientos físicos de los lugares, el menaje necesario para la óptima prestación del servicio. Igualmente la población beneficiaria de las cafeterías que incluye funcionarios, colaboradores y en especial población vulnerable a quien se le va a prestar el servicio.

El riesgo no es exclusivo de quien está ofertando sin conocer estas circunstancias, es igualmente para la institución que podría estar avocada posteriormente a problemas de desequilibrio económico del contratante por no haber tenido en cuenta estos aspectos o por el hecho de que el contratista tenga que manejar precios elevados para buscar dicho equilibrio.

De otra parte el concepto de la Procuraduría General de la Nación que soporta las razones por usted manifestadas para desvirtuar la legalidad de la visita técnica obligatoria es un CONCEPTO dado dentro de una demanda en que el ente de control manifiesta su postura, frente a los hechos en discusión y por lo tanto no es obligatorio ni para el consejo de estado y menos para su aplicación general frente a hechos totalmente diferentes, máxime cuando lo argumentado en él tiene que ver con la ley 1150 de 2007

Por todo lo anterior no se acepta la observación.

OBSERVACION No 2:

II. OFERTA PRESENTADA POR INVERSIONES CFC SAS:

Las ilegalidades en este proceso parecen florecer como peces en el agua, resulta que revisada la oferta presentada por este proponente el mismo NO TIENE RUP, requisito técnico habilitante que no tiene y no cuenta el oferente, razón por la que no se necesita de un largo discurso para que la entidad explique porque habilita una oferente que adolece de un requisito técnico, jurídico y financiero como es el RUP.

Se reitera que las ilegalidades evidentes en la evaluación del proceso y en la propia estructuración estructuran faltas que serían calificadas como graves por los organismos de control, por lo que esperamos que en la revaluación de estos proceso se adopten los correctivos y se tomen las decisiones que corresponden de rechazo del proponente que no tiene RUP y la habilitación de quien cumple con todos los requisitos.

Anexo:

El concepto que emitió la procuraduría cuando se demandó por ilegal un proceso que pretendió incorporar este ilegal requisito por demanda presentada por el suscrito CARLOS FELIPE USECHE y las investigaciones que por realizar estos hechos de visitas técnicas obligatorias para direccionar procesos se presentaron.

RESPUESTA:

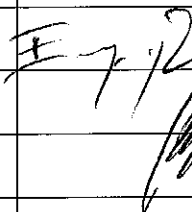
El RUP Fue establecido en la invitación a cotizar, como un requisito jurídico y efectivamente al momento de realizarse la revisión no se tuvo en cuenta el ítem referido a él, para establecer la habilitación de los dos (2) proponentes, pudiéndose en la oportunidad que correspondía, solicitarle a quien no lo presento subsanara. En este

momento no es posible hacerlo por lo que corresponde aceptar la observación y no habilitarlo jurídicamente.


YIDNEY ISABEL GARCIA RODIRGUEZ

Gerente

Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

	Nombre	Cargo	Firma
Elaborado por:	Enrique Páez Falla	Profesional Especializado – Compras	
Proyectado por	Álvaro Galvis Barrios	Director de Contratación	
Revisado por	Álvaro Galvis Barrios	Director de Contratación	
Aprobado por:	Yidney Isabel García Rodríguez	Gerente	
Declaramos que hemos revisado el presente documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales y por lo tanto lo presentamos para la firma			