

DOCUMENTO DE RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACION DEL CONCURSO PUBLICO No. 03 - 2015

Objeto: "Prestar el servicio de transporte, recepción, almacenamiento, depósito, guarda, custodia, conservación y restitución de los bienes muebles que sean puestos a disposición de la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. – SAE SAS, como administrador del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha Contra el Crimen Organizado – FRISCO".

ALMAGRARIO S.A. – JUAN CARLOS MAHECHA CAÑÓN, Representante Legal,
24 de Diciembre de 2015

OBSERVACION No. 1

De la revisión que se ha podido realizar de las propuestas presentadas por los oferentes y los memorandos mediante los cuales se plasman las evaluaciones técnica, financiera y jurídica, se desprende, frente a Almagrario, un tratamiento diferente que viola el principio de igualdad. Por este motivo le solicitamos, con carácter urgente que nos entregue copia, a nuestra costa, el día de hoy, de las solicitudes de aclaración y las respuestas de cada uno de los proponentes con el fin de demostrar la referida violación. Para estos efectos, en el transcurso de la mañana, se desplazará a sus instalaciones la Dra. Maria Ximena Delgado, delegada para ello.

RESPUESTA:

El día 18 de diciembre de 2015, según el cronograma establecido se publicó en la página web de SAE el resultado de los informes de evaluaciones técnicas, Jurídicas y financieros de los cinco (5) proponentes que participan el proceso de selección que nos ocupa con el siguiente resultado:

Proponente	Verificación Técnica	Verificación Jurídica	Verificación Financiera
DISTRISERVICES SA COLOMBIA	NO HABILITADO	NO HABILITADO	NO HABILITADO
PARQUEADERO PATIOS CEIBAS SAS	HABILITADO	HABILITADO	HABILITADO
UNION TEMPORAL - RED INTEGRADORA SAS Y ALMAGRARIO SA	HABILITADO	HABILITADO	NO HABILITADO
ALPOPULAR SA	HABILITADO	HABILITADO	HABILITADO
ALMAVIVA SA	HABILITADO	HABILITADO	HABILITADO

Para el caso que nos ocupa el proponente UNION TEMPORAL - RED INTEGRADORA SAS Y ALMAGRARIO SA, se encuentra habilitado técnica y jurídicamente y NO habilitado financieramente, por las razones expuestas en el informe de evaluación financiero y en el

documento de respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación, en el cual se le indico lo siguiente:

"Respecto a la observación presentada por Almagrario, referente a la Subsanación Principal, según el numeral 3 "Requisitos habilitantes Financieros" de los términos del concurso Publico No. 03-2015, se ratifica lo siguiente:

Según el numeral 3. Requisitos Habilitantes Financieros; La verificación de la capacidad Financiera y Organizacional será realizada por la SAE SAS con fundamento en el certificado de Registro Único de Proponentes RUP, expedido por la cámara de Comercio en el cual refleje la información requerida con corte a 31 de diciembre de 2014.

Como se está mencionando todos los indicadores se fundamentaran según lo expedido por el Registro Único de Proponentes y este constituye plena prueba de la información proporcionada por el proponente.

Toda la información financiera suministrada por el RUP está expresada en pesos y el resultado de cada indicador esta expresado con dos decimales sin aproximaciones.

*Por lo tanto el oferente **ALMAGRARIO SA** con una participación del 22% en su promesa de conformación de UNION TEMPORAL con **RED INTEGRADORA SAS** con una participación del 78%, NO acreditó el cumplimiento del indicador de Rentabilidad del Patrimonio.*

*Frente a la Subsanación Subsidiaria, tal y como usted lo menciona en el Pliego de Condiciones numeral 1.3 se señala: "DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN DE CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Los integrantes de la unión temporal deberán señalar los términos y extensión (actividades y porcentaje) de participación en la propuesta y en su ejecución, **los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo y escrito de la SAE**" (negrilla fuera de texto), por lo que para que SAE determine si es viable autorizar o no la modificación al documento de conformación de la Unión Temporal ALMAGRARIO S.A. Y RED INTEGRADORA SAS, propuesto por ustedes, debemos partir de la aplicación de los principios que rigen la contratación en la Sociedad de Activos Especiales, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 2º del Manual de Contratación adoptado por SAE, que para el caso particular consideramos principalmente observar el de Igualdad y Transparencia e Igualdad, definidos por la jurisprudencia, en cuanto al primero como "El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración" (Fallo CE 17767 de 2011) y frente al segundo manifestó: "**DERECHO DE IGUALDAD DE LOS OFERENTES O PROPONENTES** – Definición. Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración está obligada*

constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores. **Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades**, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: -Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. -Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración. Dromi, citando a Fiorini y Mata, precisa que **el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son:** - **Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes;** - **respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento;** -cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; -inalterabilidad de los pliegos de condiciones; -respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; -acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; -tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; -que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; -que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior. Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas." En relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff precisó: **La referida 'igualdad' exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.**" (Fallo del Consejo de Estado 12037 de 2001) (Negrilla Fuera de Texto)

Por tanto y como resultado de respetar dichos principios la SAE no puede autorizar la modificación a la conformación de la Unión Temporal ALMAGRARIO S.A. Y RED INTEGRADORA SAS".

La SAE realizó los estudios previos teniendo en cuenta las variables como el objeto a contratar, el presupuesto oficial estimado, la forma de pago, duración y otras variables que le permitieron determinar los requerimientos financieros a solicitar, con el fin de garantizar la solvencia económica y patrimonial de los interesados en participar eventualmente en el proceso de selección.

Así mismo, se precisa que los indicadores financieros establecidos en el pliego de condiciones, han sido estructurados de tal forma que en igualdad de condiciones, se presenten en el proceso de contratación todos los posibles interesados en participar en concordancia con su respectiva situación financiera, con miras a no excluir ni limitar la participación plural de oferentes ni violar el principio de libre concurrencia.

Es de indicar que según esta solicitud y como quiera que era de carácter urgente la misma fue atendida el mismo día 24 de diciembre de 2015, se expidieron las copias de las solicitudes de aclaración y las respuestas de cada uno de los proponentes las cuales se entregaron a la Dra. María Ximena Delgado así:

1. Solicitud de Aclaraciones Técnicas a la propuesta presentada por ALMAVIVA S.A. (1 Folio)
2. Solicitud de Aclaraciones Técnicas a la propuesta presentada por ALPOPULAR S.A. (2 Folios)
3. Solicitud de Aclaraciones Jurídicas y Técnicas a la propuesta presentada por DISTRISERVICIOS S.A. (2 Folios)
4. Solicitud de Aclaraciones Jurídicas y Técnicas a la propuesta presentada por PARQUEADEROS PATIOS CEIBAS S.A.S. (2 Folios).
5. Respuesta ALMAVIVA S.A. (12 Folios).
6. Respuesta PARQUEADEROS PATIOS CEIBAS S.A.S. (10 Folios).
7. Respuesta ALPOPULAR S.A. (12 Folios).

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, es posible concluir que el proceso de contratación al que se hace referencia cumple con los principios de igualdad, transparencia y publicidad.

OBSERVACION No. 2

Teniendo en cuenta que la entidad cierra hoy al medio día, y la audiencia de subasta inversa se llevara a cabo el día lunes, le solicito que la misma sea aplazada, con el fin de que la entidad revise y estudie las implicaciones de sus actuales decisiones, para lo cual Almagrario, una vez tenga la totalidad de la información, pueda presentar argumentos legales que le permitan controvertir las decisiones adoptadas por la entidad. Sugerimos, en consecuencia que la misma se lleve a cabo el día martes o miércoles de la semana entrante.

Lo anterior como es evidente, busca garantizar la transparencia del proceso de la referencia, como quiera que Almagrario necesita que se le garantice la información y el espacio para exponerle a ustedes las graves inconsistencias que se presentaron en la evaluación de las ofertas.

RESPUESTA:

Nos permitimos compartir las siguientes consideraciones y apreciaciones relacionadas a continuación:

En Sentencia del CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "A", Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, del doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014), se señala lo siguiente:

"Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones (art. 30, num. 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 de gastos (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993).

Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones.

(...) si el oferente no tiene la capacidad financiera mínima para participar en el proceso de selección, no hay forma de que pueda subsanar su insuficiencia, pues no sería viable que el participante elevara sus índices de liquidez o que disminuyera sus índices de endeudamiento para cumplir la condición habilitante.

(...)

En ese orden de ideas, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.

(...)

Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “subsanar”, enmendar o rectificar.

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 –reitera la Sala-

(...)

Ahora, es importante anotar que, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, por regla general el cumplimiento de los requisitos habilitantes, es decir, de las condiciones mínimas para participar en el proceso de selección es certificado por el Registro Único de Proponentes – RUP-, de modo que la entidad no está facultada para solicitar documentos adicionales al oferente con el pretexto de constatar la información que allí se encuentra consignada y los demás participantes no pueden discutir, en el proceso de selección, la veracidad de los datos que constan en el mencionado registro[20], según lo dispone expresamente el artículo 6 (numeral 6.1) ibídem[21], salvo las excepciones consagradas en la misma ley. (Subraya fuera del texto)

Las sociedades **ALMAGRARIO SA** con una participación del 22% y **RED INTEGRADORA SAS** con una participación del 78%, NO acreditaron el cumplimiento del indicador de Rentabilidad del Patrimonio, no puede entenderse que éste sea un requisito meramente

formal susceptible de ser subsanado, pues su cumplimiento le permite a la SAE evaluar y calificar, con base en parámetros objetivos la capacidad financiera del proponente, lo que hace que se constituya en un requisito sustancial, cuyo incumplimiento conduce indefectiblemente a la NO habilitación o exclusión de la respectiva oferta.

La presentación de estados financieros es un requisito sustancial del pliego de condiciones, pues por medio de éste la SAE califica y evalúa la capacidad financiera de los proponentes con fundamento en datos financieros objetivos contenidos en los estados financieros aportados, debidamente dictaminados y certificados, de forma tal que al realizar un ejercicio comparativo entre las ofertas pueda seleccionar objetivamente al proponente que tenga la solvencia y liquidez requerida en su patrimonio a efectos de procurar la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos.

Igualmente, se cita apartes de la Sentencia del CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA del 13 de febrero de 2015 que complementa lo expuesto anteriormente:

Regla general:

- 1. El incumplimiento de los requisitos o la falta de documentos relativos a la futura contratación o al proponente, no necesarios para realizar un ejercicio comparativo de las propuestas presentadas, no serían un título válido y suficiente para que la entidad estatal contratante pudiera rechazar o excluir algunas de las propuestas presentadas.*
- 2. Por regla general, la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas.*
- 3. Distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones, para de esta manera poder establecer cuales podrán ser subsanados y cuáles no.*

Subregla: La presentación de estados financieros es un requisito sustancial del pliego de condiciones, pues por medio de éste la administración califica y evalúa la capacidad financiera de los proponentes con fundamento en datos financieros objetivos contenidos en los estados financieros aportados, debidamente dictaminados y certificados. Por lo tanto, no es subsanable. (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, frente al documento de conformación de la Unión Temporal allegado nuevamente por el proponente UNION TEMPORAL - RED INTEGRADORA SAS Y ALMAGRARIO SA donde establece porcentajes de participación diferentes al presentado inicialmente exponemos lo señalado en la Sentencia CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA del 12 de noviembre de 2014 así:

A. Regla general:

1. Distinción entre requisitos habilitantes y factores de escogencia, los primeros se refiere a las condiciones de los oferentes, sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados, deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y los segundos, son los que califican la propuesta (no al proponente) que por cierto son los únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007)

2. 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.

De lo anterior se concluye que la aceptación de modificaciones en las condiciones sustanciales de los proponentes respecto a las calidades y capacidades que pretenden acreditar en un proceso de contratación, resulta por si misma desigual y para el caso que nos compete se denota agravada cuando dicha modificación pretendida impacta directamente en los indicadores financieros bajo los cuales se proyecta disminuir los riesgos en la estabilidad económica del contratista, lo que nos permite concluir la improcedencia de cualquier aceptación extemporánea a las modificaciones pretendidas por tratarse de una clara vulneración a los pilares que rigen la contratación.

Teniendo en cuenta lo anterior expuesto el informe de evaluación financiero se ratifica y por esta razón las audiencias de subasta inversa se llevaran a cabo en los días programados en el cronograma establecido para tal fin dada la necesidad de la SAE de requerir el servicio.

OBSERVACION No. 3

De no aceptarse la anterior solicitud, me veré obligado a acudir, de manera inmediata a los organismos de control con el fin de poner de presente esta situación.

RESPUESTA:

La SAE considera que ha respetado los principios de la función pública, que le son aplicables, en virtud de lo establecido en la Ley 1708 de 2015, siendo claros en los Pliegos de Condiciones los requisitos que debían cumplir los oferentes al momento del cierre del proceso y que la Unión Temporal que usted representa no acreditó en los términos exigidos y presentados. No obstante, si usted considera que la exposición de argumentos señalados en este documento no son claros, se encuentra en todo el derecho de acudir a las instancias que considere pertinentes, ante las cuales estaremos prestos a brindar todas las informaciones que nos sea requerida.

Por otra parte señalamos que el proponente DISTRISERVICES S.A. COLOMBIA., allegó documentos subsanables el día 21/12/2015 con radicado CE2015-02902, siendo estos extemporáneos dado que debía enviarlos a más tardar el día 17 de diciembre de 2015 antes de las 3:00 p.m. Por lo anterior no se tendrán en cuenta para el informe de evaluación y este se mantiene en las mismas condiciones, para garantizar el principio de igualdad y de transparencia.

Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) día del mes de diciembre de 2015



FABIOLA OCAMPO SANTA
Gerente de Contratos
Sociedad de Activos Especiales – SAE – S.A.S

Proyectó: Claudia Cardozo Amaya.

