

Bogotá 27 de julio de 2015.

Señores

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Email: vjvpresa0042015@ani.gov.co

Calle 24A No. 59 - 42 - Edificio Torre 4 - Segundo Piso

Ciudad

Asunto: Observaciones al informe de verificación y evaluación. Selección Abreviada de Menor Cuantía No. VJ-VPRE-SA-004-2015, para *“Contratar la modificación y entrega en funcionamiento de la página web de la Agencia Nacional de Infraestructura, de todos sus sub-sitios”*.

Respetados señores:

En el término establecido por la Entidad para realizar observaciones al informe de verificación y evaluación publicado en el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. VJ-VPRE-SA-004-2015, con el debido respeto me permito manifestar mi desacuerdo en la forma y condiciones en las cuales la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA procedió en el informe de evaluación a **“modificar”** la oferta económica del proponente SAINET INGENIERIA LTDA, hecho inusual e irregular que debe ser inmediatamente corregido por el comité evaluador y la entidad, procediéndose en consecuencia al rechazo de la oferta o evaluar las propuestas sin que implique un cambio en los ítems ofertados por parte del Comité Evaluador, conforme los argumentos y hechos que se exponen a continuación.

Hechos:

(i) La empresa SAINET INGENIERIA LTDA presentó oferta a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. VJ-VPRE-SA-004-2015, diligenciando para tal fin el Anexo No. 5 Oferta Económica por valor de **\$167.702.044** destacando que en los ítems correspondientes a bolsa de desarrollo la mencionada empresa ofertó lo siguiente:

Cantidad: Dieciocho (18). **Concepto:** Desarrollo de contenidos multimedia de 60 segundos. **Para un valor total sin IVA de:** \$27.743.364.

Cantidad: Doce (12). **Concepto:** Desarrollo de contenidos multimedia de 90 segundos. **Para un valor total sin IVA de:** \$27.743.364.

(ii) El día 14 de julio de 2015, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA procedió al cierre del proceso de Selección Abreviada, elaborando la respectiva Acta en el que se constata que la empresa SAINET INGENIERIA LTDA presentó oferta a

la Entidad por un valor de **\$167.702.044** (A folios 61 y 63) con una póliza de seriedad de la oferta por valor de \$24.000.000.

(iii) El día 22 de julio de 2015, la AGENCIA publica el informe del Comité Evaluador en la que sin motivación alguna; esto es, sin indicar el aparte de los Pliegos de Condiciones o la disposición de orden legal que los habilita para corregir la propuesta, proceden a manifestar textualmente lo siguiente:

“PROPONENTE No. 4 SAINET INGENIERIA LTDA Se realizó la corrección sobre las cantidades de la bolsa de repuestos (sic) en el ANEXO 5 OFERTA ECONOMICA, sin modificar los valores unitarios ofertados por el oferente. El nuevo valor corregido ofertado por el proponente es \$107.807.204”. (Resaltado fuera de texto).

(iv) El mismo día 22 de julio de 2015, la Agencia procede a publicar unos documentos que fueron titulados: “Anexo 5 propuesta económica”, los cuáles al ejecutarse se evidencia que no corresponden en su contenido al texto original de la propuesta económica que efectivamente fue presentada en su momento por los oferentes, como lo es el caso de la empresa SAINET INGENIERIA LTDA.

En efecto, en el Excel elaborado por la entidad respecto del Anexo 5 de la propuesta presentada por SAINET INGENIERIA LTDA, sin explicación alguna quien publica y tiene acceso a la edición de ese documento, le incluyen a *motu proprio* la siguiente nota que NO se encuentra en el texto de la oferta original: **“Corrección (sic) sobre cantidades”**

Con base en tal anotación, que se encuentra sin motivación, proceden a MODIFICAR las cantidades ofertadas, sin ni siquiera consultarle al proponente.

Consideraciones respecto de los hechos anteriormente expuestos:

La oferta es una declaración unilateral irrevocable y por consiguiente, una vez presentada, el proponente no podrá en modo alguno retractarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 846 del Código de Comercio.

Lo anterior significa que quien recibe una propuesta (bien sea una entidad pública o privada), no podrá proceder a modificar a *motu proprio* o cambiar de manera sustancial los términos y condiciones de las ofertas presentadas, por cuanto, en caso de modificarse, en estricto sentido, nos encontraríamos frente a una nueva oferta, esto es, un negocio jurídico diferente, en razón al principio de la irrevocabilidad de las propuestas.

Ahora bien, en materia de contratación estatal los procesos de selección se gobiernan por lo establecido en la ley y en los pliegos de condiciones. En este sentido, una determinación por parte de las Entidades del Estado o un ofrecimiento que no se encuentre en el marco de los establecido en el Pliego de Condiciones o la Ley, no puede ser admitido por cuanto de realizarse, se quebrantarían los principios contemplados en el Estatuto General de la Contratación Estatal, como lo son el principio de legalidad, selección objetiva y la transparencia.

En este orden de ideas es preciso señalar que las propuestas presentadas con fundamento en la ley de Contratación Estatal, podrán ser objeto de aclaraciones o subsanaciones que no sean sustanciales, con fundamento y siguiendo de manera estricta las reglas previamente establecidas en la misma ley y el pliego de condiciones.

Conforme lo anterior, es preciso señalar que la Ley 1150 de 2007 establece que 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, advirtiendo 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. (Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007).

Nótese que el Estatuto de Contratación permite la subsanación de los documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas. Conforme lo anterior, la subsanación o el cambio de un documento que sirva de sustento para comparación de las ofertas, escapa a lo establecido en la ley y quebranta los principios contemplados en la misma.

En este punto, es pertinente mencionar que el Consejo de Estado¹, en relación con la subsanación, aclaración o corrección de las propuestas ha señalado que existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber:

- (i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes;
- (ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y
- (iii) Los formales que *“atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”*.

En este orden de ideas los documentos que pueden ser objeto de subsanación o aclaración refieren a los documentos formales que en palabras de la ley: ***no son necesarios para la comparación de las propuestas***.

De otra parte, es pertinente mencionar que el Pliego de Condiciones y sus Anexos establecen las condiciones y requisitos del proceso de selección, en el cual la entidad tiene la facultad de establecer entre otras, reglas cuando se presentan situaciones tales como enmendaduras o errores aritméticos de las propuestas. En este caso, es pertinente indicar que frente a estas situaciones la Entidad y los

¹ Sentencia 30.161 del 13 de febrero de 2015. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

proponentes, en virtud del principio de la transparencia y la selección objetiva, deberán a estarse a lo estrictamente indicado previamente en el Pliego de Condiciones.

En el caso a considerar, el Pliego de Condiciones del proceso de selección abreviada de menor cuantía No VJ-VPRE-SA-004-2015, reglamentó en efecto la corrección de las propuestas en caso de enmendaduras o la corrección por errores aritméticos; así como, procedió a establecer las reglas de subsanabilidad de las propuestas.

En lo que respecta a la corrección en caso de enmendaduras, en la página 17 del Pliego de Condiciones, se estableció textualmente lo siguiente: *“Cualquier enmendadura para ser considerada, deberá ser convalidada con la firma al pie de la misma de quien suscribe la carta de presentación de la propuesta”*.

Por su parte en lo que refiere a la corrección de errores aritméticos, en el Anexo 5 del Pliego de Condiciones se estableció:

“(…) se procederá a realizar la respectiva corrección aritmética en cada uno de los casos, realizando la operación indicada. (…)”

En lo que refiere a las reglas de subsanabilidad, en el numeral 4.3 del Pliego de Condiciones, la entidad y los oferentes con la presentación de la oferta nos acogimos a las siguientes reglas:

“En los términos del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, la Agencia podrá solicitar a los proponentes los requisitos o documentos que fueren necesarios para subsanar o aclarar sus propuestas, de conformidad con las siguientes reglas:

a) Sobre cuestiones relativas a los requisitos habilitantes.

La Agencia podrá solicitar a los proponentes los requisitos o documentos que no afecten la asignación de puntaje (es decir los requisitos o documentos que verifiquen las condiciones del proponente o que soporten el contenido de la oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos en el presente pliego de condiciones), a fin de subsanar la propuesta.

De igual manera podrá solicitar aclaración respecto de los factores de evaluación. Los proponentes deberán allegar los requerimientos de la Entidad dentro del término preclusivo y perentorio que al efecto les fije la AGENCIA, so pena de rechazo de la propuesta.”

Realizada una síntesis de las reglas establecidas por la ley y a su vez plasmadas por la entidad en el pliego de condiciones, para efectos de subsanar, corregir o aclarar las propuestas, procederemos a analizar la propuesta presentada por la empresa SAINET INGENIERIA LTDA en el marco del proceso de selección abreviada No. VJ-VPRE-SA-004-2015.

Como bien se expuso en el acápite de hechos, la empresa SAINET INGENIERIA LTDA presentó una oferta a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA por valor de \$167.702044, destacando que en los ítems correspondientes a bolsa de desarrollo ofertó de manera explícita, los siguientes ÍTEMS: Dieciocho (18) desarrollos de contenidos multimedia de 60 segundos por un valor sin IVA de **\$27.743.364** y Doce (12) desarrollos de contenidos multimedia de 90 segundos por un valor total sin IVA de: **\$27.743.364**.

Frente a tal oferta, el Comité Evaluador procedió a cambiar los ítems ofertados, sin argumentar o motivar el sustento de orden legal o contenido en el Pliego de Condiciones que los habilitaba para **cambiar el contenido y alcance de los ofrecimientos hechos**, máxime si se tiene en cuenta que la oferta económica precisamente es uno de los documento por excelencia para comparación de las propuestas, no siendo viable su subsanación en los términos del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que trata del principio de la selección objetiva.

Tampoco nos encontramos frente a una situación de una enmendadura y tampoco respecto de una corrección aritmética permitida por el mismo Anexo 5 del Pliego de Condiciones.

En relación con este punto, es pertinente señalar que la Corte Constitucional en lo que respecta a la corrección aritmética, fue enfática al señalar en la Sentencia T-875 de 2000, lo siguiente:

*“(...) El error aritmético es aquel que surge de un cálculo meramente aritmético cuando la operación ha sido erróneamente realizada. En consecuencia, su corrección debe contraerse a efectuar adecuadamente la operación aritmética erróneamente realizada, **sin llegar a modificar o alterar los factores o elementos que la componen.** (...)”* (Resaltado fuera de texto)

Conforme lo anterior, el Comité Evaluador no se encontraba habilitado por la ley o el pliego de condiciones para modificar las cantidades ofertadas por el proponente SAINET INGENIERIA LTDA, sin justificación o motivación alguna. En este punto es pertinente mencionar que el Consejo de Estado² en reciente providencia precisó que los informes de evaluación emitidos por un comité asesor o consultor, aun cuando no comporten ninguna obligatoriedad para el funcionario facultado para adjudicar el contrato, ni un derecho a exigir la contratación para el ofertante calificado con mayor puntaje, *“deben basarse en los criterios o parámetros previamente definidos por la administración como las bases de la licitación”*, esto es, deben ser motivados. (En este sentido, véase la noticia publicada el 14 de julio de 2015, en el Portal www.contratacionestatal.com)

² Sentencia 28040 del 16 de marzo de 2015. Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.

Por lo anteriormente expuesto, le solicitamos al Comité Evaluador y a la entidad se proceda a rechazar la propuesta de la empresa SAINET INGENIERIA LTDA o, en su defecto se proceda a evaluar la propuesta sin realizar cambios a los ítems ofertados en la misma.

El argumento para el rechazo de la oferta presentada por la empresa SAINET INGENIERIA LTDA lo encontramos en el numeral “1.10. DOCUMENTOS DE LA SELECCIÓN” del Pliego de Condiciones (Pág. 10), el cual es enfático al señalar que la propuesta que no se ajuste a lo sustancialmente solicitado por el Pliego de Condiciones y sus Anexos, producirá el rechazo de la oferta. En efecto el mencionado numeral, textualmente se establece lo siguiente:

“El proponente deberá examinar todas las instrucciones, anexos, condiciones y especificaciones que figuren en los documentos del proceso de contratación, los cuales constituyen la única fuente de información para la preparación de la propuesta. Si el proponente omite suministrar documentos o información requerida en el PLIEGO DE CONDICIONES cuya omisión no sea subsanable y como consecuencia de ello, su oferta no se ajuste sustancialmente a lo solicitado en éste, el riesgo será de su cargo y el resultado será el rechazo de la oferta”. (Resaltado fuera de texto)

Lo anterior, en concordancia con el numeral 1.2 del Pliego de Condiciones el cual establece que el objeto del proceso de selección, se encuentra de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en el pliego de condiciones y sus **anexos**. Así mismo, el numeral 1.22 del pliego de condiciones establece que: *“el proponente deberá elaborar la propuesta de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones y ajustarse en todo a los requisitos, especificaciones y condiciones previstas en él. (...) todos los anexos que el PLIEGO DE CONDICIONES indique deben estar debidamente diligenciados”*. Todo lo anterior, aunado al hecho que la propuesta original presentada en su momento, necesariamente formará parte integral del Contrato en virtud de lo establecido en el numeral 23 del Pliego de Condiciones.

De otra parte, consideramos que nos encontramos frente a la causal de rechazo contenida en el literal p) del numeral 4.5 del pliego de condiciones que indica como causal de rechazo la siguiente: *“Las propuestas que presenten situaciones, circunstancias, características o elementos que impidan su comparación objetiva con las demás propuestas”*.

En este punto, es necesario tener en cuenta que ofertar 18 cantidades de un mismo ítem, es diferente desde el punto de vista económico al hecho de ofertar una (1) sola cantidad del mismo ítem; lo cual quebranta el principio de la selección objetiva, por cuanto no puede compararse el precio de un ítem individualmente considerado versus el precio del mismo ítem que fue ofertado en un lote de 18 cantidades, sin que exista o medie un análisis de mercado que evidencie que vale lo mismo ofertar una (1) cantidad o dieciocho (18) cantidades del mismo bien o servicio.

En el caso que el Comité Evaluador considere que no nos encontramos frente a una causal de rechazo, necesariamente deberá proceder a evaluar la propuesta de la empresa SAINET INGENIERIA LTDA, pero sin realizar cambio alguno al

ofrecimiento realizado por la empresa en lo que refiere a las cantidades y especificaciones finalmente ofertadas.

SOLICITUDES:

1. Que se proceda al rechazo de la propuesta empresa SAINET INGENIERIA LTDA por cuanto no cumple con los requisitos exigidos por la Entidad en el Pliego de Condiciones y sus Anexos, como lo es las cantidades requeridas por la Entidad imposibilitándose realizar una selección objetiva de las propuestas.
2. En caso de no aceptarse la solicitud anterior, que el Comité Evaluador proceda a calificar la propuesta con base en los documentos presentados en su momento sin realizar cambios, ajustes o interpretaciones económicas relacionadas con la propuesta económica presentada por la firma SAINET INGENIERIA LTDA.
3. En caso de no aceptarse las dos (2) solicitudes anteriores, que el Comité Evaluador proceda a motivar su decisión (en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente señalada) indicando el sustento legal que le permite realizar cambios a las ofertas económicas respecto de los ítem y cantidades ofertadas.

En caso de acontecer este evento, solicitamos copia auténtica de la propuestas presentadas por **SAINET INGENIERIA LTDA** y de la firma **AYMSOFT SAS**, con el fin de proceder con las acciones legales a que hubiere lugar.

4. Solicitamos se publique en el SECOP la oferta económica original de la firma SAINET INGENIERIA LTDA, dado que el Anexo 5 que en su momento fue publicado por la entidad, corresponde a un archivo no elaborado por el proponente y que fue denominado por quien publicó en el SECOP: "ANEXO 5 OFERTA ECONOMICA 4 - SAINET INGENIERIA LTDA", sin que corresponda en realidad a tal propuesta.

Sin otro particular.

Cordialmente,



ANA MILENA NAVIA MUÑOZ

Representante Legal

(Original Firmado)

