

Bogotá D.C, 29 de agosto de 2017

Señores
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Ciudad

Asunto: Observaciones al informe preliminar

De acuerdo al informe de evaluación publicado por la entidad nos permitimos realizar las siguientes observaciones:

1. OBSERVACIÓN GENERAL AL INFORME

De acuerdo al numeral 3.1 “EVALUACIÓN OFERTA ECONÓMICA” el cual señala que “En concordancia con lo establecido en el Decreto 1082 de 2015 que reglamentó la Ley 1150 de 2007, cuando de conformidad con la información a su alcance, la Entidad estime que el valor de una oferta resulta artificialmente bajo, requerirá al oferente para que explique las razones que sustenten el valor por él ofertado...”, le solicitamos a la entidad reevaluar los ofrecimientos realizados por cada uno de los siguientes proponente:

GRUPO ONE S.A.S	MEDIO	PORCENTAJE DE DESCUENTO POR MEDIO	PORCENTAJE DE COMISIÓN
	1. EL TIEMPO	10%	0,01%
	2. EL ESPECTADOR	80%	
	3. LA REPÚBLICA	80%	
UNIÓN TEMPORAL BIG MEDIA PUBLICIDAD S.A.S	MEDIO	PORCENTAJE DE DESCUENTO POR MEDIO	PORCENTAJE DE COMISIÓN
	1. EL TIEMPO	51%	1%
	2. EL ESPECTADOR	78%	
	3. LA REPÚBLICA	78%	
YUJU PUBLICIDAD Y ENTRETENIMIE NTO S.A.S	MEDIO	PORCENTAJE DE DESCUENTO POR MEDIO	PORCENTAJE DE COMISIÓN
	1. EL TIEMPO	45%	0%
	2. EL ESPECTADOR	65%	
	3. LA REPÚBLICA	85%	

De acuerdo a los ofrecimientos del proceso pasado **NúmeroVJ-OC-SA-001-2016**, la entidad adjudica el contrato derivado del proceso mencionado al proponente YUJU PUBLICIDAD Y ENTRETENIMIENTO S.A.S, quien realizó el siguiente ofrecimiento

PROPONENTE 9: YUJU PUBLICIDAD Y ENTRETENIMIENTO S.A.S.	MEDIO	PORCENTAJE DE DESCUENTO POR MEDIO	PORCENTAJE DE COMISIÓN
	1. EL TIEMPO	30%	0.5%
2. EL ESPECTADOR	60%		
3. LA REPÚBLICA	70%		
4. PORTAFOLIO	40%		

De acuerdo a lo anterior, se genera un precedente donde el porcentaje más alto para cumplir el contrato sin generar desequilibrio económico es del 70%, con el cual entenderíamos se cubre los costos mínimos en los que incurriría el proponente adjudicatario como:

- Póliza del contrato
- ICA
- 4X 1000
- Personal
- Factor de calidad propuesto (Estudio de medición o estudios pretest o postest)

Ahora bien, le solicitamos a la entidad definir que entiende por precio artificialmente alto, y si acaso un porcentaje superior de 70% no se podría definir como tal?, en este orden de ideas para el año 2018 el ofrecimiento estará sobre el 90% y para el 2019 estará sobre 100%?, entendemos que los ofrecimientos son responsabilidad del proponente, pero de acuerdo con la sentencia CE SIII E 17783 DE 2008 la entidad también tiene una corresponsabilidad debe *“examinar las propuestas detalladamente, compararlas, consultar los precios del mercado y establecer si los ofrecidos se encuentran en consonancia con aquellos, e igualmente, para examinar los estudios y deducciones a que han llegado los consultores o asesores de la entidad al hacer la evaluación de las ofertas, todo ello con el objetivo de seleccionar la oferta más favorable al interés público y al cumplimiento de los cometidos estatales”*; Ahora bien, los ofrecimientos realizados nos son concordantes con los precios del mercado y genera desequilibrio económico para el proponente, una vez que si se otorga más allá del tope del porcentaje ofrecido por los medios, más una comisión del 1% esto quiere decir que antes de IVA la rentabilidad es: \$3.781.513, valor que no cubre los gastos administrativos mínimos como:

Valor del contrato	\$	450.000.000
Comisión 1%	\$	4.500.000
ICA (9,66x1000)	\$	40.500
4 X1000	\$	1.800.000
Póliza	\$	500.000
Estudios adicionales	\$	3.000.000
Total	\$	5.340.500



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Señala el numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80, que los contratistas responderán cuando formulen propuestas artificialmente bajas para obtener la adjudicación de los contratos.

En una conferencia programada por el canal institucional donde, a través de la Escuela Superior de la Administración Pública (ESAP) y con apoyo de los organismos de control del Estado, se pretendió capacitar a los colombianos en la reforma de la Ley 80 de 1993, que surgió con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se plantea durante el evento y luego de una pregunta presentada por el Doctor GERMÁN LOZANO en su calidad de Secretario Jurídico de la Gobernación de Cundinamarca, que interrogaba al expositor acerca de cuál era el criterio para determinar lo que se entiende por propuesta artificialmente baja; se señaló en su momento que la propuesta artificialmente baja es aquella que está por debajo del promedio de los precios de mercado.

Al respecto consideramos que la respuesta se queda corta por cuanto si bien puede ser que la propuesta esté por debajo del promedio de los estudios de mercado, ¿cuál sería el límite hacia abajo para poder eliminar una oferta que consideramos se presenta en esas condiciones? Por lo anterior, creemos que el criterio de propuesta artificialmente baja requiere de una profundización para determinar desde el punto de vista legal cómo se llega a su definición.

ANTECEDENTES

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de responsabilidad, nos remite por primera vez al concepto de propuesta artificialmente baja, cuando en el numeral 6 señala:

Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

Esta norma descalifica el comportamiento de aquel oferente que con la intención de obtener la adjudicación de un proceso de selección decide ofrecer un precio que se encuentra por fuera de su propio interés, el cual de acuerdo, como lo preveía el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, corresponde a la obtención de la utilidad esperada. Cuando se sacrifica esta utilidad, pero incluso se llega al punto de pérdida porque afecta su propio patrimonio, en este caso nos encontramos ante una primera aproximación al concepto de propuesta artificialmente baja. Como la norma habla de responsabilidad y ella parte de un juicio de valor –con el propósito de obtener la adjudicación del contrato– creemos que lo



que castiga el legislador es la mala fe del oferente que al obtener la adjudicación del contrato en estas condiciones, exige con posterioridad la reparación de perjuicios producto del desequilibrio económico del contrato que le ocasiona una oferta lesiva para sus propios intereses, y así sea por su propia culpa, hay un principio del derecho que indica que el Estado no se puede enriquecer a costa del particular, lo cual no excluye que pueda ser investigado penalmente por la conducta descrita.

Derivado de la consagración de esta norma que preveía la responsabilidad del contratista cuando él mismo, para lograr la adjudicación del contrato presentara una oferta artificialmente baja, las entidades estatales para evitar que se presentaran propuestas en estas condiciones, decidieron incluir dentro de los pliegos de condiciones y términos de referencia lo que se han denominado “pisos” asociados a determinar márgenes dentro del presupuesto oficial destinado para financiar el proyecto por debajo de los cuales se consideraba que era una propuesta artificialmente baja y ello generaba su rechazo.

Si bien no tenemos antecedentes para señalar que las entidades estatales realizaban estudios técnicos para ser muy exactos en no rechazar ofertas por un mal cálculo en dicho porcentaje, lo cierto es que esta medida en nada era lesiva para los interesados en participar en el proceso de selección, pues si le aplicáramos el modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad con el test de igualdad, llegaríamos a la conclusión que la medida – evitar propuestas artificialmente bajas– es razonable para proteger un valor constitucional superior como es el interés general, el cual debe sacrificar un derecho fundamental como es el derecho a la igualdad en relación con la libre competencia económica, derecho de aquellos que presentando una propuesta artificialmente baja (propuesta por debajo del porcentaje establecido en los pliegos de condiciones) no se les debía permitir su derecho de participación y deberían quedar excluidos del proceso de selección correspondiente, porque pondrían en riesgo los intereses del Estado cuando una vez adjudicado el contrato reclamaran desequilibrio económico del mismo.

¿Cómo hacían las entidades estatales para calcular este porcentaje? Este interrogante se resolvía con la realización de los estudios previos o cálculo de precios de mercado de que habla el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (modificada por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011), en concordancia con el artículo 3.º, el cual reconocía que los particulares persiguen con la celebración del contrato la “obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado”, entonces dichos estudios deberían comprender la obtención de un porcentaje del contrato asociado a la utilidad esperada por el contratista donde se le llegase a adjudicar el contrato.

CONCLUSIONES

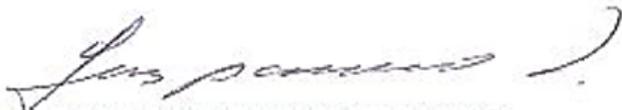
De acuerdo con lo expuesto, el concepto de propuesta artificialmente baja para garantizar que no ponga el riesgo el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de adjudicarse (art. 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015), es aquella oferta económica que se encuentra por debajo del promedio de precios de mercado pero que ha superado el punto de no pérdida (num. 1 art. 5.º Ley 80 de 1993), en donde el oferente si se le llega a adjudicar el contrato, se vería lesionado en su patrimonio, pues implicaría su empobrecimiento.

Que no se ponga el riesgo el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de no adjudicarse, se encuentra asociado a varios eventos:

1. En primer lugar que se ponga en riesgo la calidad del objeto contratado cuando al ejecutarse el contrato, el contratista para no perder como consecuencia de una oferta artificial, pretenda colocar bienes de menor calidad de la ofrecida con el fin de evitar la pérdida en su patrimonio, con lo cual, si el sistema de control y vigilancia del contrato opera generaría el incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista.

2. En segundo lugar que durante la ejecución del contrato el contratista alegue rompimiento de la ecuación contractual y promueva una reclamación ante la entidad contratante, con el riesgo para el Estado de que esté obligado a reparar por aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, que indica que el Estado responderá patrimonialmente, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. ¿Por qué respondería el Estado por el daño antijurídico? porque actúa con negligencia y descuido al permitir adjudicar una oferta por debajo del punto de no pérdida y quedará obligado a reparar el daño, y al ser una conducta calificada con culpa grave puede dar lugar a la acción de repetición prevista en la Ley 678 de 2001.

Por último, le solicitamos a la entidad reevaluar su decisión.



LUZ ADRIANA PULIDO SERRANO

C.C. Nº 51.665.939 de Bogotá
REPRESENTANTE LEGAL