

RESPUESTA A OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME PRELIMINAR DE EVALUACIÓN DENTRO DEL PROCESO DE INVITACIÓN ABIERTA IA-003-2018

El Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES-, a través del presente documento, da respuesta a las observaciones recibidas al informe preliminar de evaluación del proceso de selección por Invitación Abierta IA-003-2018.

1. PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A.S

Observación No. 1.

“Sea lo primero, ratificar que por las razones expuestas en anteriores comunicaciones dirigidas al correo de esta convocatoria y a la Señora Directora General, sucedió lo que efectivamente tenía que suceder: La presentación de unas sola oferta que ofrece serias dudas respecto del cumplimiento de sus obligaciones en el hipotético caso que le sea adjudicada la convocatoria, máxime cuando ni siquiera cumple con requisitos (sic) habilitantes exigidos, los cuales a todas luces no podrán ser subsanados.”

Respuesta:

Las aseveraciones del observante respecto de la oferta y su evaluación, son meras especulaciones sobre las cuales el Icfes, se abstiene de pronunciarse

Observación No. 2.

Una vez analizada la evaluación preliminar queda claro que la oferta NO cumple con los requisitos (sic) exigidos, motivo por el cual, como lo demostraré mas (sic) adelante, deberá (sic) ser rechazada y como consecuencia de ello, el resultado final de la accidentada invitación será la declaratoria de desierta.

Respuesta:

No es clara la observación. Nuevamente el observador especula frente al resultado del proceso de selección.

Observación No. 3.

Se debe tener absoluta claridad que los requisitos habilitantes deben cumplirse al momento de presentación de la propuesta y no necesariamente son subsanables per-se con el peregrino argumento que no otorgan puntaje. Así no otorguen puntaje debe existir absoluta certeza que dichos requisitos existían al momento de presentar la propuesta porque de lo contrario esta situación significaría que se podrían mejorar los contenidos de la documentación presentada o de los requisitos(sic) exigidos, lo cual es incorrecto

simplemente porque ello conlleva al mejoramiento o modificación de la oferta, lo cual está prohibido por la ley.

Respuesta:

El artículo 18 del Acuerdo 006 de 2015, establece:

“(…) Durante esta etapa, el Comité podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones y/o precisiones que considere necesarias en relación con los ofrecimientos presentados, así como la presentación de documentos y certificados que considere convenientes, y no se requieran para la calificación de las ofertas, ni influyan en la asignación de puntaje. En desarrollo de lo anterior, los proponentes no podrán adicionar ni modificar sus ofertas en aspectos que hayan sido considerados como factores de calificación. (…)”

Así mismo, el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, determina:

“Parágrafo 1. 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. En consecuencia, 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. No obstante, lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

Respecto de la subsanabilidad, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, en fallo del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607), manifestó:

“(…) Al tenor de esta norma, la subsanabilidad es la regla general, que por cierto garantiza la participación y también la racionalidad en la toma de decisiones económicas; no obstante, en el evento previsto en la disposición citada – asignación de puntaje al oferente- los requisitos no satisfechos son insubsanables.

Una regla semejante no existe en el derecho privado, ni es evidente por sí misma al interior de los principios tanto del derecho privado como del derecho público; sin embargo, de los *principios* que rigen ambos ordenamientos es posible inferir que lo que en la Ley 80 es una *regla* –en sentido estricto del término-, en ellos forma parte del contenido que inspiran. En este horizonte, valores como la *informalidad* propia del derecho privado y la *eficacia* en los negocios jurídicos autoriza que los defectos de las ofertas sean corregibles por el proponente; y

principios como la primacía de la sustancia sobre la forma y también el de la eficacia autorizan en el derecho público que también se puedan corregir.

Como consecuencia, la institución de la subsanabilidad se ajusta a los dos ordenamientos que inspiran el régimen mixto que rige a las entidades excluidas, incluso allí con sobradas razones, porque si en la Ley 80 no solo es posible sino que se trata de un derecho del proponente, en el derecho privado se incrementan las razones para llegar a la misma conclusión, pues su libertad más amplia y la informalidad incrementada autorizan que las entidades busquen entre los oferentes acercamientos efectivos para realizar negocios más flexibles que los que permite el derecho administrativo, lo que incluye superar y corregir con más efectividad los defectos de las ofertas.(Subrayado fuera del texto)

De esta manera, la posibilidad de subsanar procede de lugares distintos, pero coinciden en lo fundamental: *la oportunidad de corregir los defectos de las propuestas, para asegurar el derecho a participar en el acceso a los contratos del Estado. (...)*

De otra parte, la Circular No. 13 de la entidad Colombia Compra Eficiente de manera tajante ha manifestado:

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos sobre la futura contratación que no son necesarios para comparar las ofertas no son título suficiente para su rechazo, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, las Entidades Estatales pueden solicitar a los oferentes subsanar los requisitos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsanar tales requisitos hasta el momento de la adjudicación, salvo en los procesos de selección con subasta en los cuales los oferentes deben subsanar tales requisitos antes de iniciar la subasta.”

Así las cosas, ninguna de las solicitudes de subsanación solicitadas por el ICFES, se aleja de los preceptos antes descritos.

Observación No. 4.

Dicho lo anterior, paso a referirme a cada uno de los aspectos que el oferente no cumple y que a su vez tampoco pueden ser objeto de subsanación:

A. En relación a la tabla de requisitos habilitantes -Software de la evaluación preliminar-, la Entidad en su informe preliminar califica el resultado NO CUMPLE específicamente porque el proponente no presenta en su oferta lo exigido en el pliego de condiciones definitivo en el numeral:

5.7.4. Maquinaria, equipos y software línea 34 al 38.

"Para todos los casos, se anexará propuesta de arquitectura del software de monitoreo que incluya como mínimo:

1. Diagramas del funcionamiento de los módulos de control y trazabilidad del material de examen, de acuerdo con lo establecido en el Anexo Técnico."

Por otra parte, en el Anexo Técnico -numeral 12.2 Módulos- se solicitan 7 módulos de los cuales específicamente el comité evaluador al examinar la propuesta de la "Unión Temporal Pruebas Saber 2018" a folios No. 418 al No. 427 no encontró que hubiese sido aportada la descripción relacionada con el módulo de desempaque y lectura de hojas de respuesta. Por lo tanto la "UT Pruebas Saber 2018" al no haber entregado en su propuesta de arquitectura del funcionamiento de los módulos específicamente el Modulo de control y trazabilidad correspondiente al desempaque y lectura de hojas de respuestas, incurrió en una de las causales de rechazo señaladas por la Entidad en el numeral 8.4 literal (m) del pliego de condiciones definitivo en donde indica:

m) Cuando el proponente modifique la oferta económica y técnica, mejorándola, desmejorándola o adicionándola.

Respuesta:

- a. Teniendo en cuenta que se trata de requisito habilitante, se allegó por parte del oferente el diagrama del funcionamiento de los módulos de control y trazabilidad del material de examen, respecto del módulo de desempaque y lectura de hojas de respuesta.

Con este documento aportado no se mejora ni técnicamente la oferta ni se adiciona, pues no se trata ni de la oferta económica ni de la técnica, sino de un requisito habilitante.

- b. Teniendo en cuenta que se trata de requisito habilitante, se allegó por parte del oferente el documento de acreditaciones comunes, ajustado.

Con esto este documento aportado no se mejora la oferta ni se adiciona, pues no se trata ni de la oferta económica ni de la técnica, sino de un requisito habilitante.

- c. La subsanación solicitada no implica que se suscriba nuevamente el documento de conformación de la Unión Temporal, implica modificar la cláusula cuarta, de manera que se incluya el tiempo estimado en la minuta del contrato a suscribir, para la liquidación del mismo.

Haciendo uso de la jurisprudencia citada por el observador en su comunicación, se trata de un requisito que se tiene (Documento de Conformación de la Unión Temporal) y no se acredita de manera clara, para el caso que nos ocupa, la duración de la Unión Temporal, que es uno de los elementos que debe contener el documento de conformación que existe y se presentó con la oferta, debía aclararse para que se extendiera por la vigencia del contrato y un año más, lo que implica incluir el tiempo de la liquidación de común acuerdo del contrato, que aunque se menciona no se ve reflejado en la fecha que aparece en la cláusula cuarta del documento en comento.

Observación 6.

Las anteriores manifestaciones de inconformismo por la posibilidad que el ICFES permita que se subsane lo insubsanable, tienen todo un soporte jurisprudencial y normativo que permiten concluir que al no ser subsanables los aspectos señalados, deberá declararse desierta la convocatoria, máxime cuando en el cuadro resumen de evaluación la misma Entidad señala que el oferente NO CU MPLE con la capacidad jurídica, ni con la capacidad financiera ni con la capacidad técnica.

El Consejo de Estado en reiteradas oportunidades se ha referido al tema de subsanabilidad de ofertas en las convocatorias que realizan las entidades estatales. Uno de esos múltiples pronunciamientos se encuentra por ejemplo en la siguiente providencia:

Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Noviembre 12 de dos mil catorce (2014). Radicación : 250002326000200201606-01. Expediente: 29.855

"No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados. En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir /os requisitos habilitantes y probar o acreditar que /os mismos se cumplen: 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. (Negrilla fuera de texto) Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (Negrilla fuera de texto)

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 /os documentos que, atendiendo /os criterios de proporcionalidad y razonabilidad, establezcan /os pliegos de

Página 5 de 8

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, numera/4, Ley 80 de 1993).

Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar /os requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, /as condiciones de experiencia y /as de organización, en la forma contemplada en /os pliegos de condiciones. En efecto, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dice que "La capacidad jurídica y /as 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 ... ", de modo que si un oferente no cumple esos requisitos mínimos de participación (habilitantes), sencillamente no debe acudir al proceso de selección; de hacerlo, su propuesta no puede ser estimada. Por ejemplo, si un oferente no goza de capacidad jurídica (referida a la capacidad legal específicamente), porque es incapaz absoluto o relativo, no hay forma de que pueda participar en el proceso de selección y tampoco es posible de que pueda subsanar esa carencia, pues, por más que quiera, no puede convertirse en capaz por su so/a voluntad.

La capacidad legal es un requisito cuyo cumplimiento se exige tanto para participar (requisito habilitante) en el proceso de selección, tal como lo establece el citado artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, como para contratar, según lo contempla el artículo 6 de la Ley 80 de 1993; por ende, el interesado debe contar con plena capacidad jurídica (capacidad legal) desde el momento en el que presenta su oferta, sin que sea viable que la complete durante el desarrollo del proceso de selección, ya que, como requisito de habilitación, se requiere que sea satisfecho para participar. Igual sucede con /os demás requisitos habilitantes; entonces, 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.

Lo mismo sucede con la experiencia. Si, por ejemplo, el pliego de condiciones exige una experiencia mínima específica de 5 años y el oferente no tiene más de 4 años de experiencia, no hay forma de que pueda subsanar tal falencia y, en consecuencia, su propuesta no puede pasar a la siguiente fase del proceso de selección, es decir, a la de evaluación, porque no satisface las condiciones mínimas de participación. Ahora, si el oferente adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, por una parte, porque, como se dijo anteriormente, la misma ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra parte, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación.

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. Lo anterior, por cuanto, además de lo anotado en párrafos anteriores, al momento de presentar su oferta el participante se obliga irrevocablemente con la administración a que, de adjudicársele el proceso celebrará el contrato, de suerte que es en ese instante cuando se comienza a estructurar el proyecto de negocio jurídico al que las partes (administración y oferente) pretenden llegar. Eso se traduce en que si, por ejemplo, al momento de presentar la propuesta el oferente carecía de capacidad legal y, a la sazón, resulta adjudicatario, no hay forma de que pueda exigírsele suscribir el contrato, pues para la fecha en que se obligó a ello no tenía la aptitud jurídica para contraer obligaciones.

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 "subsanan", 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-. Así, por ejemplo, en aquellos casos en que se tiene duda acerca de las condiciones de experiencia mínima del oferente, la entidad estatal está en la obligación de requerirlo para que aclare o subsane allegando las certificaciones que permitan constatar o precisar la información consignada en la propuesta, para que, de esta forma, quede debidamente acreditada la condición mínima exigida. (Negrilla fuera de texto).

Puede suceder también que, a pesar de que el oferente sea plenamente capaz no haya acreditado fehacientemente su capacidad jurídica; en ese caso, la entidad debe solicitar al oferente que allegue el documento idóneo que acredite su condición. Igual sucede cuando la entidad tiene dudas acerca de la capacidad organizacional, caso en el cual tiene la obligación de solicitar al participante los documentos faltantes y estrictamente necesarios que permitan verificar, por ejemplo, el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de los activos, etc. 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" ...

Por otra parte, normatividad reciente ha recogido en gran parte la tendencia jurisprudencia! referida anteriormente, sobre todo con la expedición reciente de la Ley 1882 de 2018, la cual en la parte pertinente señala:

Artículo 5°. Modifíquese el Parágrafo 1 e inclúyanse los parágrafos J, ~y§. de artículo 5o de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedarán así:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

Parágrafo 1°. 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. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso".(Negrilla fuera de texto)

Con base en lo anterior, es evidente que la propuesta presentada dentro de la convocatoria de la referencia deberá ser rechazada por no cumplir con requisitos habilitantes que no pueden ser subsanados, ya que si se permitieran tales subsanaciones se estaría violando la normatividad y se estaría desconociendo la ' jurisprudencia sobre la materia.

Respuesta:

No se acepta su observación. Todas las solicitudes de subsanación realizadas por la Entidad cumplen las condiciones que la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo establece, y las normas que sustentan el proceso de contratación.