

Bogotá D.C. Febrero 20 de 2015

**PARA:** EDGAR ROJAS – Director Producción y Operaciones  
FRANCIA MARÍA JIMÉNEZ FRANCO – Subdirectora de Abastecimiento y Servicios Generales.  
SOLEIL RAMOS ZAPATA - Subdirectora de Aplicación de Instrumentos.  
SANDRA YANETH CASTELBLANCO – Subdirección Aplicación de Instrumentos.  
NATHALIA ANDREA VELÁSQUEZ –Subdirección Aplicación de Instrumentos.  
OMAR RODRÍGUEZ FONSECA - Subdirección Aplicación de Instrumentos.  
SONIA CAMARGO BEDOYA - Subdirección Aplicación de Instrumentos  
YAIR LIZARAZO CALDERÓN- Subdirección Aplicación de Instrumentos  
JORGE ENRIQUE ORJUELA – Subdirección Aplicación de Instrumentos  
CLAUDIA BAQUERO RICO – Subdirección Aplicación de Instrumentos  
DIANA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ Subdirección Aplicación de Instrumentos

**DE:** DANY ANDRÉS SUÁREZ SÁNCHEZ – Despacho Secretaria General.

**ASUNTO:** EVALUACIÓN PROCESO DE SELECCIÓN ICFES CP-001-2015.

**FECHA:** FEBRERO 20 DE 2015

Respetados señores:

Atendiendo la solicitud de evaluación jurídica de algunos aspectos puntuales que siendo parte de los requisitos técnicos del proceso requieren de análisis jurídico, en mi condición de evaluador jurídico del proceso procedo a responder las inquietudes formuladas:

1. THOMAS GREG & SONS DE COLOMBIA S.A. ACREDITACIÓN PLANTA (S) DE PRODUCCIÓN

El numeral 5.3.2., del Pliego de Condiciones establece:

*"El Proponente deberá acreditar una (1) o varias planta(s) de producción para los procesos de impresión y empaque del material de las pruebas objeto del contrato que se pretende suscribir con el presente proceso de selección del ICFES, estará(n) ubicada(s) en la ciudad de Bogotá D.C., y su área metropolitana.*

*Este requisito se acreditará mediante el certificado de libertad y tradición del inmueble, en caso que el mismo sea propiedad del Proponente. En caso de*

**Instituto Colombiano para la Evaluación - ICFES**



no ser de propiedad del proponente, adicionalmente al certificado, se deberá adjuntar copia del contrato de arrendamiento o carta de compromiso o promesa de contrato respectivo que deberá tener una duración igual a la del contrato que se pretende suscribir con el presente proceso de selección, suscrito por el o los propietarios del inmueble. En el caso de Proponente plural, al menos uno de sus integrantes deberá cumplir con este requisito".  
(Subrayas fuera de texto).

Por otro lado, el numeral 2.2, del Pliego de Condiciones, establece la forma en la cual debe ser interpretado el pliego, lo cual prima sobre cualquier otro tipo de interpretación, dicho apartado prescribe:

"El Pliego de Condiciones y sus Anexos deben ser interpretados con arreglo al ordenamiento superior aplicable, de conformidad con los conceptos y definiciones contenidos en el acápite Definiciones, y según el sentido natural de las palabras, salvo las expresiones técnicas cuyo entendimiento corresponde al de la respectiva ciencia o materia."(Subrayas fuera de texto).

En igual sentido, en el numeral 1, Introducción, del Pliego de Condiciones establece:

"Al presentar Oferta los Proponentes aceptan la totalidad de los términos, condiciones, requisitos, exigencias, compromisos, obligaciones y plazos previstos en, el Pliego de Condiciones y sus Anexos y Formatos, entre ellos, la Minuta del Contrato por celebrar."

Con la presentación de su Oferta, el respectivo Proponente Individual o todos los integrantes de Proponentes Plurales aceptan y declaran expresamente: (...)

- Que mantienen vigente su Oferta, por término mínimo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su entrega, según el Cronograma, o de cualquiera de sus prórrogas, de adoptarse. En consecuencia, la misma será obligatoria e irrevocable durante ese término y, de extenderse, durante el tiempo establecido en la correspondiente Adenda.
- Que tuvieron acceso, conocieron y examinaron todos y cada uno de los Documentos del Procedimiento, incluidos pero sin limitarse a ellos: (i) El Pliego de Condiciones y sus Anexos y Formatos, entre ellos, la Minuta del Contrato proyectado; (ii) Las Adendas a los mismos; (iii) Las aclaraciones y las respuestas del ICFES a las solicitudes de ajuste y a

### Instituto Colombiano para la Evaluación - ICFES

*las observaciones formuladas por los interesados en torno al Pliego de Condiciones, entre otros.*

- *Que consultaron y analizaron toda la información requerida para preparar y presentar los documentos de Habilitación y para elaborar y formular su Oferta, incluida la Oferta Económica.*

*(...)*

- *Que conocen y aceptan la totalidad de los términos, condiciones, requisitos, exigencias, compromisos, obligaciones y plazos previstos en el Pliego de Condiciones y sus Anexos y Formatos, incluida la Minuta del Contrato por celebrar."*

De acuerdo con el cronograma del proceso contractual, la etapa para presentación de las observaciones y discusiones al Pliego de Condiciones comprendió el período entre el día 13 de enero de 2015, fecha en la que se publicó el Pliego de Condiciones Definitivo, hasta el 27 de enero de 2015 cuando inicia la etapa de cierre del proceso y presentación de ofertas.

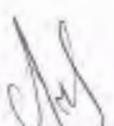
Durante esta etapa, los proponente tenían el derecho de mantener un dialogo con la administración que permitiera discutir cambios al pliego que consideren pertinentes

No obstante, es importante anotar que el proyecto de pliego de condiciones se publicó, desde el día 16 de diciembre, hasta el 26 de diciembre de 2014, con una audiencia informativa realizada el día 18 de diciembre de 2014. Situación que demuestra el cumplimiento de los requisitos de publicidad y transparencia contemplados en la normatividad contractual para este tipo de procesos y que en específico tenía la finalidad de que los pliegos fueran conocidos y discutidos con los posibles proponentes.

Así mismo, es preciso aclarar que el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, determina para el cumplimiento del principio de económica la necesidad de prever términos y etapas contractuales con condición de perentoriedad y preclusividad, norma que de acuerdo con lo establecido en el manual de contratación tiene plena aplicación

El carácter preclusivo de las etapas contractuales significa concretamente que una vez evacuadas las mismas no se pueden revivir, cada etapa *"supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla"*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209).



En el anterior sentido, es importante destacar que llegado el momento en que los proponentes presentan oferta de contratación, la etapa de discusión de los pliegos se encuentra terminada, por lo tanto entrar a discutir cualquier tipo de diferencias con relación a la construcción de los mismos, no es procedente.

Así las cosas, discusiones sobre qué tipo de contratos se admiten para sustentar la tenencia o disponibilidad de espacios, no son de recibo en esta etapa del proceso, pues las mismas debieron ser consideradas dentro de la correspondiente oportunidad. Abrir el espacio para discutir este tipo de asuntos, significaría desconocer otros principios de la contratación y un desequilibrio entre las demás partes participantes del proceso, pues es una forma de modificar implícitamente el pliego y con ello las reglas de juego, lo cual no es admisible pues el pliego para efectos jurídicos es ley para las partes<sup>2</sup>.

*“Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.*

*Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato<sup>3</sup>*

Aduce el proponente que el pliego de condiciones, a más de ser interpretado en sentido literal, ha de ser entendido en relación con los fines que persigue, luego de tal premisa aplicada al asunto que nos ocupa se podría inferir que cualquier tipo

<sup>2</sup> CONSEJO ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sent. Febrero 3 de 2000. Exp. 10.399. M.P. Ricardo Hoyos Duque) “El pliego de condiciones es ley para las partes (...) Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato, porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes.”

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2004), Radicación Número: R 0261, Proceso Número: 13.416.

de contrato que traslade la tenencia del bien al proponente sería suficiente para el cumplimiento del requisito.

Teniendo en cuenta la mencionada solicitud, es preciso traer a colación la definición de dicho tipo de interpretación, sobre la cual la jurisprudencia ha manifestado lo siguiente:

*"interpretación finalista o teleológica, debe conducir al intérprete a cobijar aquellas situaciones que están incitas en el supuesto lógico de la norma"*

En este sentido, el oferente (*Thomas Greg and Sons*) solicita que sean aplicados al caso específicos criterios de interpretación teleológica y literal, no obstante, como ya se advirtió dichos criterios no son admisibles para la situación concreta, pues de acuerdo con lo expresado anteriormente, el pliego contiene unos criterios de interpretación específicos los cuales son el sentido natural de las palabras, salvo las expresiones técnicas cuyo entendimiento corresponde al de la respectiva ciencia o materia, y dicha interpretación se ajusta al marco normativo.

Así las cosas, bajo este tipo de interpretación, es claro que la carta de compromiso o promesa de contrato hace referencia a un contrato de arrendamiento y no a cualquier otro tipo de contrato.

Por las razones expuestas, la conclusión que se obtiene del análisis jurídico efectuado en respuesta a la inquietud formulada por el Comité Evaluador Técnico, es que en la propuesta presentada por la sociedad *Thomas Greg & Sons* de Colombia concurren la configuración de las causales de rechazo fijadas en los numerales 7.15.4 y 7.15.7, por cuanto la propuesta no cumple con el requisito habilitante establecido en el numeral "5.3.2. *Planta de Producción*" del Pliego de Condiciones del Proceso de Selección ICFES CP-001-2015 y por contener un ofrecimiento condicionado.

## 2. UNIÓN TEMPORAL LEGISLACIÓN STRETEGICA.

### Área de la planta(s) ofertada

El pliego para el caso específico del mejoramiento del servicio de seguridad de la planta ofertada establecida en el numeral 6.2.4.1, contempló tres alternativas para la presentación de las ofertas:

**"6.2.4.1. 40 PUNTOS** a quien oferte la mayor área de empaque por encima del mínimo establecido en todas las pruebas según numeral 7.1 del Anexo Técnico, es

### Instituto Colombiano para la Evaluación - ICFES



*decir se asignaran 10 puntos por el área ofertada de cada una de las pruebas, se le asignara este máximo puntaje (10 Puntos) al proponente que oferte la mayor área para la respectiva prueba y a los demás que superen el mínimo se asignara puntaje de cero puntos, declarados en el formato número 4 Oferta Técnica (Áreas ofertadas) del presente pliego y acompañados de los respectivos planos Arquitectónicos cuyas medidas en las señalizaciones y cotas respectivas deberán corresponder con lo declarado en el formato y que serán objeto de medición en la visita que realice el ICFES a través de las personas delegadas para tal fin y que serán comunicadas previamente a los proponentes.*

*Tenga en cuenta que la mayor área ofertada corresponde a la sumatoria de las áreas donde se desarrollarán los procesos de empaque primario y empaque secundario (empaque a cargo del operador de distribución). La delimitación de dicha área entre la correspondiente a empaque primario y a empaque secundario, se acordará para cada prueba, previo inicio de la producción, en conjunto con el operador de distribución y el supervisor del contrato, sin que en ningún caso pueda ser inferior a la ofertada para la respectiva prueba."*

De lo anterior es posible que el oferente pudiera escoger cualquiera de las siguientes opciones:

- a) Ofrecimiento de área total
- b) Ofrecimiento de área específica para cada proceso
- c) Ofrecimiento condicionado al acuerdo realizado entre el operador de distribución y el supervisor del contrato previo inicio de la producción

Para determinar si hubo o no modificación de la oferta se debe determinar cuál de las tres opciones tomó el proponente para presentar su oferta en el formato N° 4.

Para el caso en concreto, la Unión Temporal Legislación Estratégica adoptó en su oferta la opción número dos, en dicho sentido ofreció un área específica para cada proceso de empaque.

#### **1. Requisitos habilitantes:**

En la práctica contractual, la administración prevé para la elaboración de sus pliegos dos tipos de requisitos, el primero de ellos los requisitos habilitantes y los otros los requisitos de evaluación o calificación.

Los espacios de empaque de acuerdo con el Pliego de Condiciones Formato N° 4, constituye un factor con doble connotación, pues representa un requisito de habilitación para la presentación de las propuestas, al requerir un espacio mínimo

de metrajes y adicionalmente un elemento de calificación, pues de acuerdo con lo expuesto, el número de metrajes adicionales es un factor de asignación de puntaje.

En lo ofertado por la Unión Temporal se evidencia la falta de cumplimiento del espacio requerido en el Pliego de Condiciones Formato N°4, situación que hace imposible subsanar este punto, ya que tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado: (...) *"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."*<sup>4</sup>

Para el caso específico, se observa que desde el principio en la oferta presentada por la Unión temporal hacían falta 170 metros<sup>5</sup> para cumplir el requisitos habilitantes, situación que no era posible ser corregida, pues como lo ha manifestado la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo: *"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."*<sup>6</sup>

Teniendo en cuenta que este aspecto se estableció como un elemento técnico y habilitante de calificación, razón por la cual es objeto de evaluación, es imposible que sea sujeto de subsanación, porque claramente incide en la calificación de los factores ponderables.

En este sentido ha señalado el Consejo de Estado que admitir la subsanación de requisitos que incidan en la asignación de puntaje *"implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva"*<sup>7</sup>

Por otro lado, es preciso considerar que los cambios introducidos por el proponente constituyen claramente una modificación de la propuesta, pues en el caso específico, se modificó lo inicialmente contenido en el Formato no. 4 del que

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia No. 25000232600020020160601 (29855) del 11 de diciembre de 2014. C. P. Carlos Alberto Zambrano.

<sup>5</sup> Distribuidos específicamente en 160 metros faltantes en el área de empaque de saber 11A y en 10 metros de saber pro 2.

<sup>6</sup> Op. Cit. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia No. 25000232600020020160601 (29855) del 11 de diciembre de 2014. C. P. Carlos Alberto Zambrano.

<sup>7</sup> Ibidem



habla el numeral 7.7 de la oferta técnica, y en ese sentido se mejoró la propuesta en los metrajes faltantes en el área de empaque secundario y se desmejoró la cantidad de metros ofertada en el espacio destinado para el empaque primario, dichos factores calificables en virtud de lo expresado 6.2.4 (Mejoramiento de seguridad de la plantan ofertada).

El Consejo de Estado ha manifestado que la modificación de la propuesta se da cuando se mejora, adiciona o cambian aspectos calificables y que sirven de ponderación de las ofertas basados en precio, calidad o relación costo-beneficio. Mientras que las aclaraciones se realizan sobre "defecto subsanable" que es aquel *"que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas 'usualmente indicado en los pliegos de condiciones', sin exceder del día de la adjudicación"* (subrayas fuera de texto)<sup>6</sup>.

Para el caso en comento, no estamos en el escenario de un cambio formal, pues los cambios introducidos tienen consecuencias en la distribución de los puntos de calificación adicional, situación que hace imposible tener en cuenta dicho ofrecimiento pues el mismo escapa de los principios de economía y transparencia que debe inspirar los procesos de contratación públicos.

Por lo anterior, el comité de evaluación considera que la Unión Temporal se encuentra inhabilitada en este punto y por tanto procede con su rechazo en virtud de la causal no. 7.15.4 del Pliego:

*"El Proponente Individual o cualquiera de los integrantes de 21 Proponentes Plurales no reúnan los Requisitos Habilitantes y no 22 hubieran enmendado o subsanado oportunamente el defecto 23 conforme a lo previsto en la ley y en este Pliego de Condiciones"*.

Adicionalmente, y tal como se explicó antes, se presentó una modificación a la oferta en lo referente a aspectos calificables, lo cual constituye también causal de rechazo de la oferta.

## 1.2 Subsanción de Planos Arquitectónicos

De acuerdo con lo establecido en el numeral 5.3.2 planta de producción (otros requisitos habilitantes técnicos) del Pliego de Condiciones, se solicita específicamente la remisión de planos arquitectónicos, en consecuencia, el

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Tercera. Radicación: 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804) del 26 de febrero del 2014. C. P Enrique Gil Botero.



mencionado requisito constituye un requisito habilitante, pues el mismo es indispensable dentro de la verificación de las áreas ofertadas.

Específicamente, el apartado sobre el plano arquitectónico manifiesta:

"El proponente deberá incluir planos arquitectónicos de la(s) planta(s) ofertadas para los procesos objeto de la presente convocatoria pública. Estos planos deben contener cotas entre áreas, ubicación de las maquinas, accesos, cantidad de cámaras por tipo de área"

Una vez recibida la propuesta y acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado y la normativa correspondiente<sup>9</sup> que prevé la necesidad que la administración disponga de un espacio dentro del proceso contractual para subsanar requisitos que los oferentes puedan subsanar, el día 3 de febrero de 2015, el ICFES solicitó remitir y corregir el mencionado documento, pues la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el oferente<sup>10</sup>.

Así las cosas, el 05 de febrero la Unión Temporal presentó un nuevo documento, sin embargo, el documento presentado no cumple las condiciones requeridas para tenerse como plano arquitectónico.

ÍTEM	UNIÓN TEMPORAL LEGISLACIÓN ESTRATÉGICA
Impresión a Escala (Obligatorio)	No Cumple
Tipo de planta y su Ubicación (Implantación)	No Cumple
Programa o Cuadro de Áreas	No Cumple
Calidad de la impresión (Intensidades de calibre en las líneas de dibujo)	No Cumple
Cotas (Totales, Subtotales y Parciales)	No Cumple
Ejes (Estructurales)	No Cumple
Achurados y líneas de convenciones	No Cumple
Niveles de piso y textos de los nombres de cada espacio	No Cumple

<sup>9</sup>De conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 que estipula 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. 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".

<sup>10</sup>CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324) del 12 de junio de 2014.

Escaleras, rampas con sentido de dirección.	No Cumple
Cuadro de Pisos	No Cumple
Cuadro de puertas	No Cumple
Cuadro de Ventanas	No Cumple
Fecha de entrega y Numero. de plano	Cumple
Arquitecto o Dibujante con Matricula Profesional	No Cumple

Por lo anterior, el comité de evaluación considera que la Unión Temporal se encuentra inhabilitada en este punto y por tanto procede con su rechazo en virtud de la causal no. 7.15.4 del Pliego:

*"El Proponente Individual o cualquiera de los integrantes de 21 Proponentes Plurales no reúnan los Requisitos Habilitantes y no 22 hubieran enmendado o subsanado oportunamente el defecto 23 conforme a lo previsto en la ley y en este Pliego de Condiciones".*

### 3. EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA PRESENTADA POR LA EMPRESA PANAMERICANA FORMAS E IMPRESOS S.A.

#### Área de la planta(s) ofertada

El pliego para el caso específico del mejoramiento del servicio de seguridad de la planta ofertada establecida en el numeral 6.2.4.1, contempló tres alternativas para la presentación de las ofertas:

*"6.2.4.1. **40 PUNTOS** a quien oferte la mayor área de empaque por encima del mínimo establecido en todas las pruebas según numeral 7.1 del Anexo Técnico, es decir se asignaran 10 puntos por el área ofertada de cada una de las pruebas, se le asignara este máximo puntaje (10 Puntos) al proponente que oferte la mayor área para la respectiva prueba y a los demás que superen el mínimo se asignara puntaje de cero puntos, declarados en el formato número 4 Oferta Técnica (Áreas ofertadas) del presente pliego y acompañados de los respectivos planos Arquitectónicos cuyas medidas en las señalizaciones y cotas respectivas deberán corresponder con lo declarado en el formato y que serán objeto de medición en la visita que realice el ICFES a través de las personas delegadas para tal fin y que serán comunicadas previamente a los proponentes.*

*Tenga en cuenta que la mayor área ofertada corresponde a la sumatoria de las áreas donde se desarrollarán los procesos de empaque primario y empaque secundario (empaque a cargo del operador de distribución). La*

**Instituto Colombiano para la Evaluación - ICFES**



*delimitación de dicha área entre la correspondiente a empaque primario y a empaque secundario, se acordará para cada prueba, previo inicio de la producción, en conjunto con el operador de distribución y el supervisor del contrato, sin que en ningún caso pueda ser inferior a la ofertada para la respectiva prueba."*

De lo anterior es posible que el oferente pudiera escoger cualquiera de las siguientes opciones:

- a) Ofrecimiento de área total
- b) Ofrecimiento de área específica para cada proceso
- c) Ofrecimiento condicionado al acuerdo realizado entre el operador de distribución y el supervisor del contrato previo inicio de la producción

Revisados los elementos precitados, se presenta el mismo problema jurídico del punto anterior, esto es, determinar si la respuesta del proponente constituye una modificación, complementación o mejoramiento de la oferta inicial.

De acuerdo con lo expresado y teniendo claro que los proponentes podían escoger entre las diferentes opciones señaladas en el pliego de condiciones numeral 6.4.2.1, PANAMERICANA optó por seleccionar la opción a y así ofrecer un área total para todas las áreas del proceso.

Al momento de elegir esta opción cabe la posibilidad de que la administración solicite en etapa de evaluación, aclaraciones tales como:

*"Teniendo en cuenta el Formato N° 4 Formato Oferta Técnica del pliego de condiciones ICFES-CP-001-2015 se solicita realizar la aclaración del área y la cantidad de cámaras asignadas para el empaque primario y el empaque secundario de las pruebas Saber 11 B, Saber Pro 1, Saber 11 A y Saber Pro 2, puesto que lo registrados en el Formato N° 4 Formato Oferta Técnica del pliego de ICFES de los folios 211 a 243 corresponde a un área conjunta".*

Como respuesta a la inquietud planteada por la entidad, PANAMERICANA, manifestó;



13. Teniendo en cuenta el Formato N° 4 Formato Oferta Técnica del pliego de condiciones ICFES-CP-001-2015 se solicita realizar la aclaración del área y la cantidad de cámaras asignadas para el empaque primario y el empaque secundario de las pruebas Saber 11 B, Saber Pro 1, Saber 11 A y Saber Pro 2, puesto que lo registrados en el Formato N° 4 Formato Oferta Técnica del pliego el ICFES de los folios 211 a 243 corresponde a un área conjunta.

- ✓ Respuesta: Para la prueba Saber 11 B, el área para empaque primario es 814,47 m<sup>2</sup> y empaque secundario 349,06 m<sup>2</sup>, para Saber Pro 1 el área para empaque primario es 814,47 m<sup>2</sup> y empaque secundario 349,06 m<sup>2</sup>, para Saber 11 A el área para empaque primario es de 698,11 m<sup>2</sup> y empaque secundario es de 465,42 m<sup>2</sup> y para la prueba Saber Pro 2 el área destinada para empaque primario es de 698,11 y para empaque secundario es de 465,42 m<sup>2</sup>.

Para la asignación de cámaras para las pruebas de Saber 11 B y Saber Pro 1 la cantidad de cámaras para empaque primario será de 22 y para empaque secundario de 10 y para las pruebas de Saber 11 A y Saber Pro 2 las cámaras para el proceso de empaque primario serán 20 y para el empaque secundario será de 12 cámaras. Vale aclarar que es un área en común.

Es necesario entonces verificar si en lo manifestado por el proponente en su oficio de aclaración se ofertó algo adicional o solo aclaró lo inicialmente ofertado.

De la oferta inicialmente presentada se encuentra que el ofrecimiento del área de empaque para cada una de las pruebas fue de 1163.53 mts<sup>2</sup>, de manera que a la luz de lo expresado, la explicación no constituye mejoramiento, complemento o adición, toda vez que esta aclaración versa sobre la división entre empaque primario y secundario sobre el área inicialmente ofertada, la cual nunca fue modificada.

Aplicando el precedente jurisprudencial precitado, en el acto de aclaración el proponente no agregó nada que no hubiera estado presente en la oferta inicial, de suerte que tampoco tuvo dicha respuesta incidencia alguna en el puntaje que hubiese obtenido desde el principio, pues éste sería otorgado sobre los excedentes para cada prueba.

En conclusión la aclaración presentada por la sociedad Panamericana Formas e Impresos S.A., no configura causal de rechazo o el no cumplimiento de requisitos habilitantes.

Teniendo en cuenta que la oferta y la aclaración presentadas son coherentes con los requisitos establecidos en los términos de referencia, y con el criterio originalmente adoptado de ofrecimiento total de área es dable concluir a partir de la jurisprudencia expuesta que el proponente no modificó la oferta en ninguno de sus apartes, pues siempre ofreció la misma área tanto en su oferta inicial como en la respectiva aclaración.

#### INFORMACIÓN DE EQUIPOS

El requisito establecido en el Formato 2. Información de Equipos estableció para la máquina en referencia lo que sigue:

Proceso: Cosido.

### Instituto Colombiano para la Evaluación - ICFES



Indicaciones: Cuadernos; Las máquinas ofertadas deben ser de tipo cosedora y/o encuademadora, en un rendimiento mayor o igual a 6.000 unidades hora.

Descripción de la oferta: Se requiere tipo de equipo, marca, modelo, serial, rendimiento (unidades por hora), horas por turno, número de turnos por día, cantidad de máquinas.

El requisito materia de análisis es habilitante y como tal no incide directa o indirectamente en la asignación de puntaje, por tanto es susceptible de aclaración o subsanación. Al tanto, la falencia acusada en la solicitud de aclaración hacía referencia a una **inexactitud** relacionada con la referencia de modelo de la máquina, en ningún momento se presentó duda o falencia alguna relacionada con el elemento sustancial del requisito y el ofrecimiento, esto es, el tipo de máquina, su utilidad y capacidad, elementos de la oferta que se mantuvieron invariables desde la presentación de la propuesta, luego no se detecta ninguna circunstancia que permita inferir una modificación de la oferta.

Frente a este tema la jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

*(...) 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–.*

*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<sup>11</sup>.*

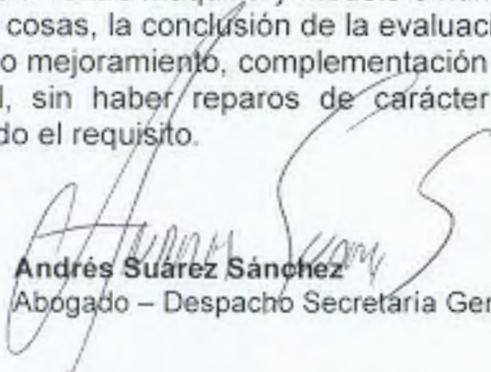
Por otro lado, en lo que respecta a la inexactitud en el modelo de la máquina detectado en la visita técnica, es necesario poner de presente que el objeto de dicha visita estaba asociado a la verificación de las áreas ofertadas y no a la

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "A" - Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera - Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014). - Radicación: 25000232600020020160601 - Expediente: 29.855  
Demandante: Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y 7-24 Ltda. - Demandado: Corporación Autónoma de Cundinamarca -CAR- - Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.



revisión de datos de identificación de las máquinas ofertadas, en especial por cuanto no se exigía al oferente contar con las máquinas dentro del área ofertada para el momento de la visita, al punto que durante la evaluación técnica se hubiese podido aceptar como válida la oferta de equipos que aún no estaban en tenencia del proponente (por ejemplo, en el caso de otro de los proponentes participantes, se aceptó como válido que se ofertaran máquinas que estaban fuera del país y que serían traídas en caso de resultar adjudicataria la oferta), de tal suerte la verificación física de las máquinas nunca fue un elemento decisivo para tener por cumplido el requisito y por ello tampoco era un factor relevante la asociación entre máquina y modelo o número de serie.

Así las cosas, la conclusión de la evaluación jurídica del asunto en cuestión es que no hubo mejoramiento, complementación o adquisición del requisito requerido, por lo cual, sin haber reparos de carácter técnico ni jurídico, procede tener por cumplido el requisito.



**Andrés Suárez Sánchez**

Abogado – Despacho Secretaría General ICFES