

Simplex!

Bogotá D.C., Junio 4 de 2015

Señores

INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES.

Ciudad.

Asunto: Derecho de Réplica Convocatoria Pública No. 003 De 2015.

Respetados señores:

En aplicación del principio del derecho de réplica nos permitimos presentar las siguientes consideraciones y observaciones para que sean tenidas en cuenta por la entidad al momento de llevar cabo las actuaciones siguientes relacionadas con el proceso en mención y que sea lo primero indicar que estas observaciones se fundamentan en el respeto por las personas relacionadas con el desarrollo del presente proceso.

En sus documentos de respuesta a las observaciones ejercidas por nuestra organización como proponente UT Simplex, los también proponentes Optima TM y Century Media, permiten observar que precisamente tales observaciones si tienen un fundamento que conduciría al rechazo de sus propuestas dentro del proceso de Convocatoria Pública. Lamentablemente dentro de ellos se hacen aseveraciones con intenciones nocivas (...las observaciones de UT Simplex son arriesgadas y temerarias, y a renglón seguido ...El icfes ya aceptó la respuesta,.... cambiar de parecer ahora..., dice el proponente Optima TM, en algunos de sus apartes) que si bien no vamos a entrar en debate de su juicio en este aparte del proceso debemos enunciar que nuestra posición como compañías en Colombia es lograr que TODOS los participantes en este proceso (Entidad, Proponentes, aseguradoras, etc.) logremos el respeto al Estado de Derecho y a la defensa de la Seguridad Jurídica y que por supuesto no sucumbiremos a fuerzas diferentes que pretendan acallar o vulnerar estos derechos. Y claro tampoco entraremos en esta discusión porque los asuntos de fondo, como son el NO cumplimiento de sus propuestas, pasarían a un segundo plano, y esto no es posible con nosotros porque se estaría orquestando tal intención. Más bien proponemos realizar el análisis de todo el proceso a la luz de la normatividad contractual de la Selección Objetiva basada en establecer reglas y condiciones en los Pliegos que primero sean claras para todas las partes y segundo que todas las partes cumplan esas normas, eliminado las acciones subjetivas, discrecionales o interpretativas, así como en las nuevas reglamentaciones sobre los derechos o no de subsanabilidad de las propuestas.



simplex!

Vamos a iniciar nuestra disertación sobre los principios contractuales que se deben seguir no solamente por la entidad sino también por los proponentes o entidades de control. Pues vemos y hemos observado en su debida oportunidad que en algunas actuaciones no se están siguiendo las reglas, formas y procedimientos que obligan a las partes y que nos permite formular nuestra propuesta basada en principios de Seguridad Jurídica. Incluso aún ahora al momento actual de proceso se siguen pretermitiendo tales reglas y normas establecidos para todas las partes, en especial para los proponentes observados y que proponemos que la entidad pueda corregir ahora actuaciones o informaciones que hemos dicho no cumplen a cabalidad con tales reglamentaciones.

De los principios de Seguridad Jurídica.

*“La **seguridad jurídica** es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se basa en la «certeza del derecho», tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.*

La palabra seguridad proviene de la palabra latina securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de securo) que significa estar seguros de algo y libres de cuidados. El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, no sólo establece (o debe establecer) las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder político, jurídico y legislativo.

La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la «certeza del derecho» que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados.” Según Wikipedia.

Y en conceptos jurisprudenciales y doctrinales:

“Los derechos fundamentales son algo así como el indicador del nivel ético alcanzado, en un determinado momento y lugar, por la sociedad. Son un mínimo moral



simplex!

imprescindible sin cuya consecución no puede decirse que los sujetos cuenten con una mínima seguridad en sus vidas. En consecuencia, solo un sistema jurídico en el que éstos se garanticen y protejan puede decirse que produce Seguridad Jurídica.”
(ESCUADERO, 2000: 506)

De los principios contractuales de la Selección Objetiva.

Por su parte la comparación objetiva, más que una mera formalidad es una de las formas en la cual la administración materializa el **principio de selección objetiva** de la contratación pública, abocándose a ella la garantía de hacer la mejor selección de un contratista no solo teniendo en consideración el costo del bien o servicio que pretende adquirir, si no que la calidad sea lo suficientemente eficiente que permita contribuir al cumplimiento del contrato con mayor calidad a la requerida.

La forma de contribuir a la comparación objetiva del proponente es la generar condiciones claras y precisas en los pliegos de condiciones que pongan en igualdad de condiciones a los proponentes, esto también trasciende a los principios de transparencia e igualdad, el factor diferenciador entonces será y es la mayor calidad de los servicios o bienes a contratar para que la entidad escoja el que en cumplimiento y evaluación de estos elementos sea más favorable para los intereses de la entidad.

Ahora bien para que se puede hablar de la existencia de una comparación se convierte en un requisito sine qua non, que los proponentes en su totalidad entreguen y cumplan las condiciones claras y precisas de los pliegos, y den cuenta de ellos de manera expresa dentro de sus propuestas del cumplimiento de los mismos, la no inclusión de estos requisitos desdibujan la naturaleza de estos requisitos convirtiéndolos de objetivos, a mera suposición de no cumplimiento, en otras palabras subjetivo.

De los principios contractuales del Manual de Contratación de la Entidad.

Propone a lo largo de lo establecido en el Acuerdo No 14 de 2011, régimen de contratación del ICFES, todos los principios rectores de los funcionarios o contratistas que llevan a cabo esta función dentro o a nombre de la entidad y en particular en relación con el procedimiento para la Selección del Contratista Mediante Convocatoria Pública, en sus numerales 6 y 7:



simplex!

“6. En todos los casos, el comité verificará, en primer lugar el cumplimiento de los requisitos de participación exigidos en el Pliego de Condiciones, y en segundo lugar cotejará los ofrecimientos recibidos...Finalmente aplicará los factores de evaluación que se hubieran establecido en cada caso y calificará las propuestas.

7. LA evaluación de las propuestas debe realizarse dentro del plazo que se haya señalado en el Pliego de Condiciones, teniendo en cuenta los requisitos, los factores y criterios de evaluación, su ponderación y el procedimiento establecido...”

De los principios de la actual normatividad de Contratación Estatal.

Colombia Compra Eficiente establece en su “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación”, que “No hay lugar a aclarar, completar o corregir la información para acreditar los requisitos habilitantes cuando: **(i) el proponente pretenda demostrar circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha de presentación de las ofertas; (ii) el proponente pretenda sanear su falta de capacidad en el momento de la presentación de la oferta; y (iii) cuando la aclaración, complemento o corrección no se refiera directamente al proponente y busque mejorar la oferta.**”

La Entidad Estatal puede solicitar o permitir a los proponentes subsanar inconsistencias o errores, siempre y cuando la corrección de las inconsistencias o de los errores no represente una reformulación de la oferta.

Por otro lado el Consejo de Estado establece que **“el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección,** como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes”. Sentencia Consejo de Estado CE SIII E 25642 DE 2013.

En otro de sus apartes, la misma sentencia establece: “En el procedimiento de selección del contratista no puede operar la discrecionalidad administrativa –positiva o material y negativa o formal– en ninguna de sus manifestaciones, ya que se trata de un trámite regulado que impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista según los criterios de valoración previamente establecidos.”



simplex!

De los principios, las reglas y los procedimientos establecidos en el Pliego de Condiciones

INTRODUCCIÓN

...

Con la presentación de su oferta, el respectivo proponente individual o todos los integrantes de proponentes plurales aceptan y declaran expresamente (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 los documentos del proceso de selección son completos y adecuados para preparar y formular oferta, y para identificar con precisión el objeto y alcance del contrato por celebrar, así como las prestaciones, compromisos y obligaciones a cargo de cada una de las partes.
- Que conocen y aceptan la totalidad de los términos, condiciones, requisitos, exigencias, compromisos, obligaciones y plazos previstos en el pliego de condiciones, sus anexos y formatos, incluida la minuta del contrato por celebrar.
- Que toda la información contenida en su oferta es exacta, fehaciente y veraz, circunstancia que declaran bajo la gravedad del juramento, al punto que aceptan expresamente la facultad del ICFES para verificarla y confirmarla y autorizan expresa e irrevocablemente al ICFES para verificar toda la información aportada.

Todo lo cual se indica y trae a colación con el único fin de apoyar el proceso que desarrolla la Entidad a través de su comité de evaluación en aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos, así como para mostrar y sustentar a los proponentes observados las consideraciones que nuestra organización ha tenido para presentar con justa causa



simplex!

y en su debida oportunidad las observaciones y consideraciones dentro del marco del proceso.

Fundamentalmente para señalar las consideraciones de tipo jurídico que permiten indicar objetivamente que las propuestas de los proponentes Optima TM y Century Media SAS, no cumplen con los requerido en las reglas, formas y procedimientos del proceso de convocatoria pública CP 003 de 2015.

1. De las contra-observaciones presentadas por los proponentes Optima TM y Century TM sobre la plataforma COMSCORE.

Requisito del Pliego de Condiciones: 5.2.2 Plataforma Licenciada para monitoreo de Redes Sociales... El oferente deberá acreditar mediante certificación suscrita por el Representante Legal, el nombre de la plataforma que empleará para el monitoreo de redes sociales.

Actuación de ICFES: En el proceso de evaluación inicialmente efectivamente rechazó la propuesta de este proponente. Durante el proceso siguiente, el proponente NO incluyó lo requerido de una certificación suscrita por el representante legal, como lo determina el Pliego de Condiciones. Solo hizo referencia a un formato diferente de los requisitos calificables indicando que podía tener tres de esas plataformas. En su comunicación no indicó ni firmó por su representante legal que tales plataformas estuvieran licencias por el proponente. El icfes por su propia cuenta tomó al azar una de tales plataformas de un formato no definido para ello y de aquellos que son evaluables y deben ir en el sobre No. 2. aceptando tal "subsanción" y habilitando de manera equivocada por inducción al error del proponente de su propuesta.

Observación de UT Simplex: El proponente OPTIMA TM no incluyó ni subsanó apropiadamente el requisito de Plataforma Licenciada de Monitoreo de Redes Sociales COMSCORE. Siendo esta no una plataforma sino una empresa.

El proponente Century Media Presentó una propuesta basada en Comscore, la cual no corresponde con una plataforma sino una empresa.

Contra-Observación de Optima TM: El ICFES ya aceptó la respuesta dada por Optima TM...mas bien considero que cambiar de parecer ahora cuando el proceso está en evaluación es otorgarle una ventaja a los demás proponentes..



Simplex!

Contra-observación de Century Media: No es del todo justificada la manifestación del oferente UT Simplex pues si bien es cierto la denominación de COMSCORE corresponde a una empresa multinacional ofrecen herramientas que llevan el mismo nombre.

Consideraciones de cumplimiento: Lo primero a indicar es que precisamente este es el momento para realizar las observaciones y sugerencias previas a la adjudicación para que la entidad enmiende su equivocación inducida por los procedimientos equivocados del proponente en tiempos y consideraciones jurídicas.

Debemos enunciar con claridad que según lo visto a partir de la propuesta y su posterior aceptación del proponente Optima TM, no se rige por los principios contractuales a saber:

El proponente definitivamente NO INCLUYÓ, ni antes ni después el formato firmado por el representante legal indicando que OPTIMA TM tiene una plataforma licenciada. Esa fue una suposición del comité de evaluación.

La solicitud de una plataforma licenciada se constituye en un requisito de la capacidad Técnica del Proponente para ejecutar la propuesta y el contrato venidero. Eso es, la normatividad colombiana NO permite subsanar requisitos así sean habilitantes como reza: “No hay lugar a aclarar, completar o corregir la información para acreditar los requisitos habilitantes cuando: **(i) el proponente pretenda demostrar circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha de presentación de las ofertas; (ii) el proponente pretenda sanear su falta de capacidad en el momento de la presentación de la oferta; y (iii) cuando la aclaración, complemento o corrección no se refiera directamente al proponente y busque mejorar la oferta.**”

El comité de evaluación al determinar por sí mismo, sin que le corresponda, cual es la plataforma del proponente, no puede constatar ni determinar ni exonerar al proponente de presentar una certificación de una plataforma licenciada. Hasta el momento no lo ha hecho. Ni incluso en su comunicación actual. Eso es, se permite inferir que tal plataforma no está licenciada por el proponente. Lo cual si no es correcta en nuestra apreciación la entidad puede solicitar copia legal de dicha licencia. Así mismo se observa en la respuesta a las observaciones que el mismo proponente no tiene claro la naturaleza de empresa y no de plataforma de Comscore.

Al igual al proponente Century Media SAS indicamos que en su documento se ratifican que esta no es una plataforma sino una empresa, NO indican cual herramienta es la plataforma Licenciada. Si es preciso se debe constatar por el comité de evaluación en su potestad de poder aclarar o investigar la veracidad de la información contenida en



simplex!

la propuesta. El proponente Century Media SAS, no indica en su respuesta si esta plataforma es licenciada pus hace referencia a varias de ellas de la empresa comscore.

Eso es, los proponentes NO posee la capacidad técnica para presentar su propuesta y por lo tanto debe causar su rechazo dentro del marco de las condiciones de rechazo de este proceso, sin que se pueda permitir su subsanabilidad.

Adicionalmente debemos enunciar que el proponente Optima TM mantiene su actuación de no presentar sus documentos oportunamente incluso ni los de subsanación por ejemplo del asunto de inhabilidades, e indica que eso es culpa de icfes por no pedírselo.

Llamamos la atención y preguntamos directamente a la entidad: Es permitido que se ponga en desventaja a los demás proponentes permitiendo la entidad a un proponente NO cumplir con los cronogramas y requisitos de Pliego de Condiciones?. Puede un proponente ir armando su propuesta posteriormente al cierre de ofertas? Incluyendo documentos que olvidó o que no tiene al momento de su presentación oficial con todos los demás proponentes? Que grado de Seguridad Jurídica presenta la entidad como mensaje a la comunidad si se permite preterminir los términos, normas, reglas, formas, formatos, procedimientos establecidos para todos los contratistas como regla común por un proponente? Cual es el nivel de comparación objetiva si los proponentes no presentan su formatos en la debida forma según los procedimientos establecidos para todos?

2. De las contra-observaciones presentadas por el proponente Century TM sobre la inclusión del formato 11 en el sobre No. 1.

Requisito del Pliego de Condiciones: 6.3 Puntaje para estimular la industria nacional La asignación de puntaje para este criterio se realizará con base en la siguiente tabla...

OFERTA 7.1 Presentación...Los documentos de la oferta se presentarán en dos (02) sobres, el sobre No. 1 contentivo de los documentos que acreditan la capacidad jurídica, financiera y técnica en original y una (01) copia; y un sobre No. 2 contentivo de la oferta económica y la documentación que acredita los factores técnicos objeto



Simplex!

de calificación. La documentación de estar debidamente foliada de forma consecutiva y la numeración debe iniciar con el número uno (1).

8.4 Causales de Rechazo. 11. Cuando la Oferta no incluya información o cualquier documento exigido en el Pliego de Condiciones, necesario para la comparación objetiva de las propuestas presentadas y, por consiguiente, no Subsanables.

Actuación de ICFES: En el proceso de evaluación inicial el ICFES otorgó puntaje de cero a este criterio. No realizó un rechazo de la propuesta siguiendo los lineamientos del Pliego de Condiciones.

Observación de UT Simplex: La propuesta del proponente CENTURY MEDIA SAS debe ser rechazada porque no incluyó todos los formatos de asignación de puntajes en el

Contra-observación de Century Media: El argumento de UT simplex carece de todo sentido jurídico.

Consideraciones de cumplimiento: Sobre la inclusión del formato de Estímulo a la Industria Nacional, que el proponente Century Media SAS indica que se incluyó en el sobre No. 1., debemos indicar con claridad y sobre la base de la Seguridad Jurídica para las partes, que la entidad hizo una valoración que no corresponde con la normatividad así:

El comité de evaluación otorgó de manera contraria a lo preestablecido CERO puntos a este criterio comparativo y ponderable de las propuestas.

Por supuesto debemos preguntarnos si puede existir una selección objetiva de propuestas que sean comparables si algún formato no esta incluido en la forma correcta, como lo incluyen los demás oferentes, en el sobre No. 2. No los pone en desventaja? Adicionalmente si el comité de evaluación tiene acceso a información que sea calificable del proponente (porque este la incluyó en el sobre No. 1. de manera errada), puede poner a los demás proponentes en desventaja?

- 3. De las contra-observaciones presentadas por el proponente Century TM sobre la experiencia certificada por el contratante Interaction Strategic Communications. SAS**



Simplex!

Observación de UT Simplex: La propuesta del proponente CENTURY MEDIA SAS incluye una certificación de experiencia firmada por el contratante Interaction Strategic Communications. SAS., y dicha certificación de su capacidad de gastos operacionales presentados en los estados financieros obtenidos en la Cámara de Comercio no es consistente con el valor certificado. Se solicita al icfes validar dicha certificación.

Contra-observación de Century Media: Presenta en su documento un contrato denominado CONTRATO DE MANDATO SIN REPRESENTACION SUSCRITO ENTRE **CENTURY MEDIA SAS** (Nótese que aquí aparece como SAS) E INTERACTION STRATEGIC COMUNICATION LTDA, firmado con fecha 30 de diciembre de 2008.

Consideraciones de cumplimiento: Nos permitimos ratificar nuestra solicitud de verificación de esta certificación y la consistencia financiera en los estados financieros de la firma contratante que ha firmado la compañía INTERACTION STRATEGIC COMUNICATION LTDA, pues el proponente no indicó alguna respuesta sobre tal inconsistencia en temas tributarios, pues un contrato de mandato no lo exime de presentar sus ingresos y gastos así como la facturación correspondiente y el pago de tributos, lo cual no se observa consistentemente en la documentación anexa.

También debemos acotar que en este contrato presentado adicionalmente se incluye la palabra Century Media **SAS**, y no **LTDA**. como correspondía para la fecha de firma del documento del contrato anexo en su contra-observación y que es inconsistente también con lo presentado en el certificado de la cámara de comercio anexa a la propuesta de este proponente donde se indica con la inconsistencia anotada que esta empresa paso a ser SAS en fecha 28 de septiembre de 2009 mediante acta y su registro en fecha 23 de octubre de 2009, documentos formales que gozan de presunción de legalidad. Entonces no puede haber un documento con tal denominación SAS, firmada en fecha 30 de diciembre de 2008, como se observa en el citado contrato. Solicitamos a la entidad validar esta información y tomar las acciones correspondientes.

Cordialmente.

Ada Stella Carvajal Feria
ADA STELLA CARVAJAL FERIA
REPRESENTANTE LEGAL U.T. SIMPLEX

