



Instituto Nacional
de Cancerología-ESE
Colombia
Por el control del cáncer

285558

Instituto Nacional de Cancerología E.S.E
Gestión Documental y Correspondencia

No. Radicación: SAL-00217-2018

No. Folios: 1

Fecha: 2018-01-10 04:31:05 PM



285558

Bogotá,

Señor

Fernando Chaparro Sanchez

Representante Legal Suplente

CHAHER SAS

EMAIL: maribel.bustos@chaher.net; Tel: 2571900

Bogotá D.C.

Asunto: Contestación a oficio de 06 de Diciembre 2017

Respetado Señor: Chaparro:

Por medio de la presente nos permitimos efectuar contestación formal a su oficio de fecha 06 de Diciembre de 2017, por medio del cual se efectuaron observaciones a la revaluación técnica publicada el 05 de Diciembre de 2017 en los siguientes términos:

"En la oferta presentada por CHAHER SAS para el bloque No 04, el porcentaje de A.I.U. donde la administración equivale al 20% se debe principalmente al equipo de trabajo que se debe ofrecer y garantizar de acuerdo al numeral No 02, con sus respectivos porcentajes de dedicación, toda vez que para cada bloque se debe ofrecer y garantizar como mínimo el siguiente equipo de trabajo:

- *Un director de obra*
- *Mínimo dos (2) residentes CON DEDICACIÓN EN LA OBRA DEL 100%*
- *Un (1) inspector HSEQ o sisona con dedicación de obra del 100%*

Teniendo en cuenta este requisito, CHAHER SAS realizó para el análisis respectivo de la propuesta y una discriminación detallada de A.I.U donde una vez incluido el equipo mínimo requerido se encontró que sería económicamente inviable ejecutar el objeto del presente contrato con tan solo un 12% de gastos administrativos y por ende dicho porcentaje ascendió al 20% de gastos administrativos en los costos directos para una distribución de A.I.U de 20%, 5% y 5% respectivamente"

En consideración a lo anterior y a las observaciones formuladas por el proponente, es menester señalar que la convocatoria pública No 065 de 2017, fue clara al establecer el porcentaje de A.I.U SOBRE EL CUAL LOS PROPONENETES INTERESADOS DEBIERON consolidar la estructura económica de su propuesta. Dicho requerimiento de orden técnico se encuentra incorporado en el anexo No 4 de los términos de condiciones el cual estableció lo siguiente:

ANEXO No. 4

DESCRIPCIÓN CANTIDADES DE OBRA

CARÁCTERÍSTICAS Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS:

Se anexa cuadro de cantidades de obra a la presente convocatoria pública, se anexa a esta invitación las cantidades de obra:

AREA	ITEM	ACTIVIDAD DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	VALOR POR CAPITULOS
						0	

		TOTAL COSTOS DIRECTOS		0	
		ADMINISTRACION 12%		0	
		IMPREVISTOS 5%		0	
		UTILIDAD 5%		0	
		TOTAL PRESUPUESTO OBRA		0	

En este entendido puede observarse que la propuesta económica presentada por el proponente CHAHER SAS en el ítem relacionado a los gastos de administración refiere un porcentaje relativo al 20%, excediendo lo inicialmente planificado por la entidad para los gastos de administración, porcentaje que se estableció en el 12%.

Es de observar entonces que por razones relativas a la transgresión del porcentaje del A.I.U se produjo la descalificación natural de la propuesta, lo cual hoy es objeto de censura, en este entendido resulta procedente ahora analizar varios argumentos que serán objeto exposición por parte del Instituto y que se encargaran de reafirmar la firmeza de la reevaluación técnica publicada el 05 de Diciembre de 2017.

En un primer orden debe examinarse la vocación normativa de los términos de condiciones de la presente convocatoria, los cuales se han constituido en ley para las partes y en preceptos de obligatorio cumplimiento que orientan la presentación de las propuestas por parte de los futuros contratistas de la administración. En ese entendido puede afirmarse que el anexo No 4, por medio del cual se determina la presentación de la oferta económica en relación a la tipología propia del contrato de obra pública, hace parte integral de los términos de condiciones de la convocatoria pública 065 de 2017 y por tal razón ostenta un carácter obligatorio en el presente proceso de contratación; así las cosas la obligatoriedad que se desprende de los preceptos normativos contenidos en los términos de condiciones ha sido ampliamente desarrollada por el derecho administrativo moderno y en especial por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo colombiano que sobre el particular ha venido sosteniendo lo siguiente:

*"En esa perspectiva, 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."*¹

Ahora bien y aclarado el punto anterior, es necesario proseguir con la presente respuesta efectuando un análisis en relación a la naturaleza jurídica del A.I.U y a su incorporación al contrato como una facultad discrecional de la administración. En un primer orden puede expresarse que el H. Consejo de Estado ha podido pronunciarse sobre este aspecto efectuando algunas definiciones de orden básico, las cuales a manera de ilustración han expresado lo siguiente: *"Es el porcentaje de los costos directos destinados a cubrir: I) los gastos de administración (A)- que comprende los gastos de dirección de la obra, gastos administrativos de oficina. Etc; II) Los imprevistos que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos que surjan y que no fueron previstos y III) Las utilidades que corresponden a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo."*²

No obstante y pese al poco desarrollo que se ha observado en materia jurisprudencial en Colombia en relación al tema objeto de comentario, no por ello puede dejar de afirmarse que el A.I.U ha empezado ya a consolidarse como un importante instrumento para la administración de los riesgos inherentes o implícitos en el contrato estatal de obra. En ese orden y si bien sus efectos jurídicos

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERASUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Subsección B. CONSEJERO PONENTE: DANILO ROJAS BETANCOURTH., radicado No. 16371 del 29 de febrero de 2012.

suelen extenderse interpartes en el contrato estatal, su establecimiento e incorporación en los documentos precontractuales y en el mismo contrato responden más a una voluntad discrecional de la administración, que de acuerdo al objeto a contratar es la llamada a establecer directamente sus contenidos porcentaje y aplicabilidad, de esta manera y pese a la existencia de principios tales como la autonomía de la voluntad contractual y a la misma consensualidad como principios orientadores de la contratación moderna, resulta en este caso verdaderamente admisible reconocer que su incorporación podría entenderse como una facultad discrecional de la administración, la cual no admite variación o modulación alguna por parte del oferente al momento de la presentación de su propuesta.

Esta postura puede observarse nítidamente en la doctrina administrativa que sobre este particular ha sostenido lo siguiente: *"En contratos de obra pública, el Consejo de Estado (Apoyándose en la doctrina Española), en sentencia ya referida del 29 de mayo de 2.003 con ponencia de Ricardo Hoyos Duque indicó que la partida para administración, imprevistos y utilidad (AIU) es una salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgadas por la administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), Son evaluados a priori en los presupuestos de contratación.)"*³ Subrayado fuera de texto.

De la misma manera la agencia Colombiana de contratación ha contribuido al desarrollo y clarificación del concepto en estudio y secuencialmente ha estado de acuerdo en fijar su propia posición en varios aspectos y especialmente en lo que tienen relación a reconocer que su inclusión tanto en los procesos de contratación como en los mismos contratos de obra y así como la fijación de la metodología para su empleo, obedecen más a una facultad unilateral de la administración, dicha posición es objeto de exposición por la mencionada entidad en los siguientes términos: *"El Sistema de Compra Pública no establece un porcentaje máximo de A.I.U. sobre el valor del contrato. Las Entidades Estatales pueden incluir en el valor del contrato un porcentaje estimado de administración, imprevistos y utilidad, el cual puede ser una proporción del valor del contrato."*⁴

En conclusión y dando respuesta a sus observaciones, nos permitimos manifestar, que según lo expuesto, la partida (A.I.U), (administración, imprevistos y utilidad,) puede ser fijada libremente y apriori por el Instituto teniendo en cuenta tanto las especificaciones técnicas y económicas inmersas en el objeto a contratar.

Por tal motivo efectuar variaciones en su composición porcentual tal y como ocurrió con la propuesta económica de la firma CHAHER SAS, trae consigo una transgresión directa del anexo 4, situación que aparea la misma descalificación del proponente, toda vez que cualquier subsanación para corregir los errores presentes y que se originaron por inobservancia del anexo No 4 de la convocatoria pública No 065 de 2017, traería implícitamente una alteración de los valores contenidos en la propuesta inicialmente formulada, situación que se expresaría en un ajuste de los porcentajes asignados al ítem de administración para adaptarlos a los requerimientos expresados en el anexo No 04, lo que a todas luces constituirá un mejoramiento de la oferta.

³ ARAUJO OÑATE ROCIO. "La ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?" Colección textos de jurisprudencia Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá 2011. Pag 200.

⁴ Colombia Compra eficiente. "Respuesta a consulta 416130004192. Temas: pago, contrato de obra pública y equilibrio económico. Tipo de asunto consultado: El porcentaje máximo de A.I.U en un contrato de obra pública. Equilibrio económico.



Del mismo modo, también es importante comentar que al ser incluida la partida del A.I.U en el anexo técnico que estructura la presentación económica de la propuesta, la cual se constituirá en un factor de evaluación que asigna puntaje, impide que se efectúen o adelanten posibles subsanaciones en pos de sanear las posibles inconsistencias que se generen con su presentación, de este modo y al ser este aspecto (precio) un factor susceptible de asignación de puntaje, resulta imposible a la administración dar cabida a cualquier subsanación; así lo viene sosteniendo la Agencia Colombiana de Contratación que en reiterados conceptos ha fijado ya la siguiente posición: *"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."*⁵(Subrayado fuera de texto)

Finalmente es importante comentar que dada la naturaleza de las observaciones planteadas por el proponente la oportunidad más apropiada para poder efectuar un posible ajuste de ser procedente, sería propiamente en la etapa de observaciones a los términos de condiciones, dado que desde el punto de vista legal este es el único escenario posible para poder efectuar una modificación a los términos de condiciones y no como acontece en la actualidad que se pretende subsanar un defecto de la propuesta una vez se ha efectuado la publicación de una revaluación técnica con carácter puntuable.

En consecuencia de lo anterior y en vista de los argumentos expuestos se mantienen sin modificación alguna los criterios de la reevaluación técnica publicada el día 05 de Diciembre de 2017, dando lugar al proceso de adjudicación del referido proceso mediante acta de comité de adjudicación No 89 de 07 de Diciembre de 2017.

CAROLINA WIESNER CEBALLOS
Directora General

Revisó: OMAR WILSON CARRANZA BALLÉN - Coordinador Grupo de Gestión de la Infraestructura (E.)
JUAN JOSE PEREZ ACEVEDO Subdirector General de la Gestión Administrativa y Financiera

DG/CWC/SGGAF/JJPA/GI/OWCB

⁵Colombia Compra Eficiente Circular Externa No. 13 de 13 de junio de 2014.

