

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 1 de 14

EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO INVITA A PRESENTAR PROPUESTAS PARA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE DOS CANALES DEDICADOS DE INTERNET, CADA UNO DE 256 MBPS Y UN CANAL DEDICADO DE DATOS DE 20MBPS, PARA EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA ESE. (PRINCIPAL Y SEDE CPRED), ACORDE CON LOS PRESENTES TÉRMINOS DE CONDICIONES, SUS ANEXOS Y EL CONTRATO QUE SE CELEBRE PARA EL EFECTO.

RESPUESTA A OBSERVACIONES REALIZADAS A LOS TERMINOS DE CONDICIONES

El Instituto Nacional de Cancerología Empresa Social del Estado, procede a dar respuesta a las observaciones realizadas en tiempo a los términos de condiciones de la presente invitación así:

A) Observación presentada por la empresa INGFRACOL SAS Recibida a través del correo electrónico invitaciones@cancer.gov.co, el lunes 15 de abril de 2019 a las 2:00 p.m.

PRIMERA PREGUNTA:

Por medio de la presente solicito aclara si los 2 enlaces de 350 mb pueden ser con el mismo proveedor y si pueden trabajar en modo bonding, failover o deben trabajar cada uno con un ancho de banda independiente.

RESPUESTA

1. Si pueden ser del mismo proveedor con solución de última milla diferente.
2. deben trabajar cada uno con un ancho de banda independiente

Se surtió adenda No. 2 la cual se encuentra publicada en nuestra página web www.cancer.gov.co

B) Observación presentada por la empresa TIGO UNE Recibida a través del correo electrónico invitaciones@cancer.gov.co, el martes 23 de abril de 2019 a las 9:55 a.m.

PRIMERA PREGUNTA:

Respetuosamente nos dirigimos a ustedes, con el fin de solicitar a la Entidad tener en cuenta la siguiente observación.

REQUISITO HABILITANTE FINANCIERO

Los siguientes son los indicadores exigidos en el proyecto de pliego de condiciones:

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

INDICADORES EXIGIDOS	
Índice de Liquidez	Mayor o igual a 1.20
Índice de Endeudamiento	Menor o igual a 83%
Capital de Trabajo	Mayor o igual al 20% del presupuesto

OBSERVACIÓN

Se solicita respetuosamente a la Entidad la modificación de los siguientes indicadores financieros de la siguiente forma:

INDICADORES SUGERIDOS	
Índice de Liquidez	Mayor o igual a 0.7
Índice de Endeudamiento	Menor o igual a 0.65
Capital de Trabajo	No incluirlo

La anterior solicitud se realiza con el fin que la entidad garantice una mayor participación de oferentes dentro del proceso, De esta manera, la entidad podrá obtener ofertas económicas favorables y garantizar el cumplimiento a los principios de la contratación pública, entre otros, el de economía y pluralidad de oferentes, y así no restringir la participación en los Procesos de Contratación, estableciendo requisitos adecuados y proporcionales al objeto a contratar y que atiendan a la realidad del mercado en el cual se desempeñan las empresas que pueden participar en el proceso de selección, lo cual se considera se cumple con la propuesta realizada.

Es importante anotar además que la modificación expuesta no genera riesgos para la Entidad y permite la participación de proponentes que cuentan con la experiencia y capacidad financiera suficiente para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales, garantizando la seguridad y la continuidad del servicio a la Entidad, y que cuentan con la experiencia en el mercado y en el cumplimiento de aquella exigida para el proceso, brindando seguridad técnica, jurídica y operacional en la ejecución del contrato.

Adicionalmente, en el sector particular de operadores de telecomunicaciones, si se observa el comportamiento de las grandes empresas, que pudieran llegar a ser proveedores y que lo han sido

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 3 de 14

en proyectos similares, se evidencia que su capacidad financiera y organizacional obedece a una realidad del sector que implica la inversión en proyectos e infraestructura que podrán llegar a afectar sus indicadores, pero que en ningún momento comportan su falta de capacidad para cumplir con sus obligaciones o falta de capacidad financiera, al respecto obsérvese que manteniendo los indicadores de la forma inicialmente planteada por la entidad, excluiría de la participación a varias de empresas del sector.

Como sustento de lo anterior si se tiene en cuenta el EBITDA, como indicador que determina la capacidad para cubrir deuda, acometer inversiones y además de establecer la capacidad de endeudamiento y de inversión de una empresa, se podrá observar la solidez de compañías que, si bien no están dentro de los rangos de los indicadores, cuentan con mayor capacidad que otras de los sectores analizados.

Por ejemplo, para UNE a 31 de diciembre de 2018 los ingresos por servicios operacionales aumentaron 6% anualizados hasta COP 2,53 billones desde COP 2,38 billones alcanzados en el mismo periodo del año pasado 2017. Este desempeño del 2018 permitió a UNE mantener un margen EBITDA (UDM) a 31 de diciembre 2018 del 33%. Se prevé que UNE fortalecerá sus resultados a través del crecimiento de sus negocios fijo y móvil, que representarán de manera conjunta cerca de 70% de las ventas totales, mientras que el restante de sus ventas es del segmento de empresas y gobierno, durante el período 2018 a 2021. Se espera que UNE aumente moderadamente el margen EBITDA hasta aproximadamente 28% entre 2018 y 2021, respaldado principalmente por el alcance de eficiencias en costos y por el desempeño adecuado de su portafolio operativo diversificado.

La Entidad debe tener en cuenta que UNE EPM Telecomunicaciones S.A. es proveedor líder de telecomunicaciones en Colombia que ofrece servicios integrados de telecomunicaciones. La compañía es la segunda más importante de Colombia en términos de ingresos, la segunda operadora de telefonía fija y televisión paga más importante con más de 3,7 millones de unidades generadoras de ingresos (RGU, por sus siglas en inglés), y la tercera operadora de telefonía móvil más importante con más de 7,7 millones de suscriptores. Dicha posición en el mercado se presenta gracias a su adecuado manejo de la deuda y liquidez manejo financiero que le permite mantener las calificaciones **AAA** y **Baa3** ante calificadoras de riesgos, tales como **Fitch Rating**, **BRC Standard & Poor's** y **Moody's**, que reflejan la fuerte posición competitiva de la compañía en Colombia que lo ubican como el segundo proveedor de servicios de telecomunicaciones más importante en términos de ingresos y su diversificación en una gama completa de servicios, que respalda los ingresos y la estabilidad del flujo de efectivo.

Estas condiciones confirman la capacidad y flexibilidad que ha demostrado la compañía para mantener indicadores de rentabilidad, apalancamiento y liquidez adecuados y la buena diversificación de sus ingresos, la experiencia en mercados emergentes y las cadenas de compra y suministro regionales respaldando un sólido modelo de negocio y contando con capacidad de generación de caja suficiente para cumplir con sus obligaciones y realizar las inversiones necesarias para garantizar su operación y garantizar al Municipio de Medellín el cumplimiento de las obligaciones del proyecto objeto del presente proceso de contratación

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 4 de 14

Como referente, y en análisis similar realizado para proceso de contratación realizado por Colombia Compra Eficiente como entidad encargada de "diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda" definió dentro de los Acuerdo Marco para los Servicios de conectividad los siguientes indicadores, los cuales reflejan de manera más acertada la realidad del sector.

Acuerdo Marco para los Servicios de conectividad

Tabla. Indicadores de capacidad financiera

Indicador	Índice requerido
Índice de liquidez	Mayor o igual a 0,23
Índice de endeudamiento	Menor o igual a 102%
Razón de cobertura de intereses	Mayor o igual a -46.1

Tabla 3. Indicadores de capacidad organizacional

Indicador	Índice requerido
Utilidad operacional sobre activos	Mayor o igual a -11%
Utilidad operacional sobre patrimonio	Mayor o igual a -5%

Fuente: Colombia Compra Eficiente – Tablas del acuerdo marco de precios para los servicios de conectividad.

Así mismo, de acuerdo con lo establecido por el Manual de Requisitos Habilitantes de Colombia Compra Eficiente, el indicador de capital de trabajo no se considera un indicador principal de la capacidad financiera, es decir, es un indicador adicional y utilizado excepcionalmente: Las Entidades Estatales pueden establecer indicadores adicionales a los establecidos en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1510 de 2013, solo en aquellos casos en que sea necesario por las características del objeto a contratar, la naturaleza o complejidad del Proceso de Contratación. (Resaltado fuera de texto)

Como verificación de los Requisitos Habilitantes en los procesos de contratación que para el efecto ha expedido la Entidad Colombia Compra Eficiente se ha indicado que: “La capacidad Financiera requerida en un proceso de contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y al valor del contrato. En consecuencia, la Entidad Estatal debe establecer los requisitos de Capacidad Financiera con base en su conocimiento del sector relativo al objeto del Proceso de Contratación y de los posibles Oferentes” para lo cual y teniendo en cuenta que Colombia Compra eficiente a partir del estudio del sector ha identificado los indicadores financieros que serían aplicables, amablemente solicitamos la eliminación del capital de trabajo como indicador y requisito habilitante.

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 5 de 14

La Entidad debe tener en cuenta que, de no procederse con la modificación, se estaría restringiendo la participación de proponentes que cuentan con la solidez financiera suficiente, seriedad y reconocimiento en el sector para ejecutar el contrato, vulnerando así el principio de la libre concurrencia y no permitiendo que la Entidad obtenga ofertas favorables para el servicio a prestar.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que la modificación planteada, propende por el cumplimiento de los principios y criterios que deben regir la contratación pública, para lo cual vale la pena traer a colación lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-713/09, según la cual:

El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, ...puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. (...)

En el mismo sentido el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el principio de transparencia, la igualdad y la libre concurrencia, estableciendo que las condiciones y previsiones de las entidades en los procesos de contratación no deben conducir a la exclusión de potenciales oferentes y deben garantizar la selección objetiva con el fin de no restringir la participación y obtener la mejor oferta para el servicio a contratar.¹

La Entidad debe tener en cuenta que, de no procederse con la modificación, se estaría restringiendo la participación de proponentes que cuentan con la solidez financiera suficiente, seriedad y reconocimiento en el sector para ejecutar el contrato, entre estos al actual operador, que ha ejecutado en forma correcta el contrato hasta la fecha, con lo cual se restringe la libre concurrencia y no permitiendo que la Entidad obtenga ofertas favorables para el servicio a prestar.

De acuerdo con lo señalado, solicitamos la modificación de los indicadores financieros en el del pliego de condiciones.

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011). Radicación: 63001-23-31-000-1998- 00752-01)

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 6 de 14

RESPUESTA

Esta modificación no es viable dado que son los términos estipulados para todos los proponentes, los cuales deben ser cumplidos sin excepción.

SEGUNDA PREGUNTA

Solicitamos amablemente a la entidad indicar si la disponibilidad 99,98% aplica también para el canal de datos. Es importante tener en cuenta que para ofrecer esta disponibilidad, se requiere doble enlace en cada sede, conectados a nodos diferentes, lo cual incrementa los costos de la conectividad.

Teniendo en cuenta que los servicios del canal de datos son menos críticos que los servicios de internet dedicado, recomendamos a la entidad reducir la disponibilidad del canal de datos a 99,6%

RESPUESTA

No se acepta, se mantiene como está estipulado en los términos de condiciones.

TERCERA PREGUNTA

Teniendo en cuenta que el estudio de mercado en el cual se basa el presupuesto para este proceso, tiene velocidades menores a las requerida para la licitación y esto nos deja sin viabilidad financiera para el mismo y se incurriría nuevamente que el proceso se declare desierto, solicitamos amablemente a la entidad modificar la disponibilidad del canal de internet de 99,98% a 99,96%. De esta manera se garantiza que las conexiones se realicen a distintos nodos, y serán recibidos unos equipos de capa tres en la sede principal.

RESPUESTA

No se acepta cambio de los niveles de servicio, sin embargo se realiza modificación del ancho de banda de los canales dedicados de internet

Se surtirá adenda No. 2 de los anexos No. 3 Anexo técnico, anexo No.4 especificaciones Técnicas y anexo No. 6 Costos.

CUARTA PREGUNTA

Con relación a lo establecido en la página 19, y a efectos de revisar el posible contrato en caso de adjudicación a UNE, es importante manifestar a la entidad contratante que dada su calidad de entidad pública, bajo la forma de sociedad de economía mixta de mayoría de capital público, no sería posible incorporar cláusulas excepcionales, ni sanciones de carácter unilateral ya que a pesar del régimen de contratación de derecho privado prevalece la naturaleza pública de las partes; es decir que estaríamos frente a un contrato suscrito entre 2 entidades públicas; en ese sentido se sugiere que no sean incluidas en razón a que prevalece la calidad pública de las partes, las cuales se encuentran en las mismas condiciones para contratar. Por ende no sería posible tratándose de dos entidades públicas incluir cláusulas excepcionales como la de multas, en la medida que jurisprudencialmente como un antecedente importante para analizar este caso, (Sentencia Consejo

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 7 de 14

Estado CE SIII E 24639 DE 2009 referenciada por Colombia Compra Eficiente donde expresamente se indica: “ Regla: Una entidad pública no puede aplicar multas en contratos interadministrativos, debido a que el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que para este tipo de contrato se debe prescindir de cláusulas o estipulaciones excepcionales, como es la estipulación de multas o sanciones de manera unilateral. Por lo tanto este tipo de sanciones no son aplicables a los contratos interadministrativos.

De forma adicional es importante indicar que interpretar en forma contraria sería desconocer el principio de igualdad, al consagrar prerrogativas unilaterales a favor de una sola de las partes del contrato, conforme el establecido en el artículo 28 de la ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Constitución Nacional. Adicionalmente porque tratándose de servicios de TIC se establecen esquemas de ANS con descuentos ante indisponibilidad. De hecho esta cláusula no se encuentra en el proyecto de minuta, por lo tanto se solicita su eliminación.

RESPUESTA

Efectivamente una vez terminado el proceso de contratación, donde exista un proveedor adjudicatario, situaciones jurídicas como las enunciadas por ustedes, serán evaluadas en el momento de realizar la minuta contractual, y en caso, luego de examinados los documentos jurídicos de la empresa adjudicataria, se evidencia su participación accionaria por el Estado en las proporciones establecidas, o de ser una entidad pública, se realizará la minuta en esa dirección, y de ser el caso, acogiendo como ustedes lo han manifestado, excepciones contractuales que en el giro ordinario serian aplicables con empresa comerciales.

QUINTA PREGUNTA

Se solicita a la entidad ajustar la carta debido que TIGOUNE no patrocina ningún tipo de publicidad tabacalera pero si como cliente puede proveer servicios de tecnología que no apoyan el consumo de este tipo de productos.

RESPUESTA

Se surtió adenda No. 2 la cual se encuentra publicada en nuestra página web www.cancer.gov.co

C) Observación presentada por la empresa MEDIA COMMERCE Recibida a través del correo electrónico invitaciones@cancer.gov.co, el martes 23 de abril de 2019 a las 9:59 a.m.

PRIMERA PREGUNTA:

Solicitamos amablemente a la entidad aclarar si la solicitud “Servicio de canales dedicados de 350 Mbps activo-activo con backup de respaldo” que se encuentra consignada en el ANEXO TECNICO No 3, corresponde al suministro de dos (2) canales activo activo más un (1) canal de backup para un total de tres (3) canales, o deben ser dos (2) canales activo activo, y uno de los canales actua como backup del otro.

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 8 de 14

RESPUESTA

Se aclara que se requiere 2 canales dedicados de internet con backup de respaldo activo pasivo cada uno y un canal de datos. Se realiza modificación del ancho de banda de los canales dedicados de internet.

Se surtirá adenda No. 2 de los anexos No. 3 Anexo técnico, anexo No.4 especificaciones técnicas y anexo No. 6 Costos.

SEGUNDA PREGUNTA:

Solicitamos amablemente a la entidad para el requerimiento presente en el ANEXO TECNICO No 3

- El servicio debe incluir filtrado de navegación a sitios malicioso (phishing, advertising, sitios infectados). Bloqueo de URLs conocidas como receptoras de sitios C&C (Command and Control). Implementación de estrategias de búsqueda segura en navegadores comunes. Geo-protección con bloqueo de navegación a URLs de países riesgosos. Control de aplicaciones y protocolos de navegación. Filtrado de navegación basado en categorías de sitios.

RESPUESTA

El servicio si debe incluir: Filtrado de navegación a sitios malicioso (phishing, advertising, sitios infectados). Bloqueo de URLs conocidas como receptoras de sitios C&C (Command and Control). Implementación de estrategias de búsqueda segura en navegadores comunes. Geo-protección con bloqueo de navegación a URLs de países riesgosos. Control de aplicaciones y protocolos de navegación. Filtrado de navegación basado en categorías de sitios. Tal como se puede revisar en el ítem 9 del cuadro que se encuentra en el anexo técnico No. 3.

TERCERA PREGUNTA:

Cuál es la concurrencia de usuarios del canal de 350 Mbps a internet.

RESPUESTA

La concurrencia de usuarios en horario laboral de 7 a 4 pm es de un promedio de 800 a 900 usuarios concurrentes.

CUARTA PREGUNTA:

Solicitamos amablemente a la entidad aclara cual es el plazo para la instalación de los canales de internet y datos objeto de este proceso

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 9 de 14

RESPUESTA

El plazo estimado de instalación no debe supera 15 días calendarios.

Se surtió adenda No. 2 la cual se encuentra publicada en nuestra página web www.cancer.gov.co

QUINTA PREGUNTA:

En el ANEXO TECNICO No 3 se solicita:

Ampliaciones en el ancho de banda que debe estar en capacidad de soportar el equipo inicialmente instalado.

Solicitamos aclarar, cual es el porcentaje de crecimiento esperado por la entidad para ampliación de los canales de internet y datos.

RESPUESTA

Se tiene estimado un crecimiento mínimo del 50% adicional de lo que se está contratando

SEXTA PREGUNTA:

En el ANEXO TECNICO No3 se solicita:

Cumplir con los Niveles de Servicio establecidos previamente de mutuo acuerdo con el INC, ver anexo de ANS.

Solicitamos a la entidad publicar el documento “anexo de ANS”, ya que no se encuentra dentro de los documentos públicos del proceso.

RESPUESTA

Los ANS se encuentran descritos en el anexo técnico No. 3 numeral 2

ACUERDOS DE NIVEL DE SERVICIO

Garantizar los siguientes niveles de calidad del servicio cumpliendo con:

- El proveedor deberá Contar con un soporte técnico 7x24x365.
- El proveedor deberá contar con un sistema de autogestión conectado a la herramienta de monitoreo que genere automáticamente los tickets en caso de fallas.
- El proveedor atenderá las fallas con personal de soporte técnico vía telefónica y correo electrónico.
- En caso de presentarse una falla total en los 2 enlaces de última milla, se correrán las penalizaciones según la siguiente tabla:

Rango de Disponibilidad %	Compensación %
100.00 - 99.98	0%
99.97 - 99.70	10%
99.69 - 99.00	20%
98.99 - 97.00	50%
96.99 o menos	100%

D) Observación presentada por la empresa ETB Recibida a través del correo electrónico invitaciones@cancer.gov.co, el martes 23 de abril de 2019 a las 11:59 p.m.

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 10 de 14

PRIMERA PREGUNTA:

En el anexo técnico de la invitación se indica que el requerimiento es:

El Instituto Nacional de Cancerología, Empresa Social del Estado requiere contratar el servicio de dos canales dedicados de acceso a Internet cada uno con 350 MB y un canal dedicado de datos 20 MB

Las características detalladas expresadas en el anexo son:

Servicio de canales dedicados de 350 Mbps activo -activo con backup de respaldo

Servicio de canal dedicado de datos de 20 Mbps sin reúso, con backup de respaldo y manejo eficiente del tráfico

Necesitamos que se precise si lo que se quiere es 1 canal de internet dedicado de 350 MBPS con backup activo-activo (esto equivale a dos canales de 350 MBPS uno backup del otro) o dos canales dedicados de internet con backup activo activo (equivale a 4 canales de 350 MBPS 2 Backup de los otros dos). El estudio de mercado realizado por el INC fue con base en 1 canal de internet de 350 MBPS con backup activo-activo, esto significa que de modificarse el requerimiento el presupuesto hay que modificarlo.

Estaremos atentos a su aclaración.

RESPUESTA

Se aclara que se requiere 2 canales dedicados de internet con backup de respaldo activo pasivo cada uno y un canal de datos. Se realiza modificación del ancho de banda de los canales dedicados de internet.

Se surtirá adenda No. 2 de los anexos No. 3 Anexo técnico, anexo No.4 especificaciones técnicas y anexo No. 6 Costos.

SEGUNDA PREGUNTA:

Términos

a. Teniendo en cuenta que dentro del periodo para dar respuesta estuvo una semana de vacaciones, solicitamos Prorrogar la fecha de entrega para el 2 de mayo a las 3 pm.

RESPUESTA

Se surtió adenda No. 1 la cual se encuentra publicada en nuestra página web www.cancer.gov.co;

TERCERA PREGUNTA:

b. Ajustar las garantías así:

i. Cumplimiento: 10 %

ii. Calidad:10%

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 11 de 14

RESPUESTA

No se accede a lo peticionado por cuanto por políticas de seguridad económica y jurídica de la entidad, las garantías contractuales evidenciadas en el numeral 22 de los términos de condiciones, fueron establecidas tanto para la de cumplimiento como para la calidad del servicio en un 20%, esto de acuerdo a los riesgos que fueron establecidos por el área técnica.

CUARTA PREGUNTA:

c. Frente al tema de Sanciones, multas e indemnidad sugerimos retirar estas condiciones obrantes en los términos y en el contrato. Adicionalmente teniendo en cuenta que las dos entidades son oficiales y si ETB es seleccionada se consolidara un contrato interadministrativo. Tales estipulaciones no resultan procedentes en los Convenios Interadministrativos como tampoco en los Contratos Interadministrativos por tratarse de un poder exorbitante de la Administración según el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Al respecto, son valiosos los pronunciamientos del Consejo de Estado al analizar la naturaleza de la multa y de la cláusula penal pecuniaria como potestades exorbitantes de la Administración, previo recuento histórico de la figura a nivel jurisprudencial:

“(…) si bien antes de la ley 1150 de 2007 el tema de las multas no tuvo un tratamiento uniforme en cuanto su tipicidad legal, esto es, acerca de su procedencia e imposición unilateral por la Administración, ahora no cabe duda sobre su existencia y la competencia para ejercerla con ese carácter por las entidades públicas en materia de contratación estatal, pues, pese a que se activa por la voluntad de las partes en tanto debe pactarse una estipulación en tal sentido, tiene un tratamiento excepcional para su aplicación y cobro en virtud de la citada ley, en la que se privilegiaron los principios de legalidad, igualdad y debido proceso.

(…)

la potestad unilateral de la Administración contratante de imponer las multas pactadas previamente en el contrato, siempre ha sido considerada por la jurisprudencia del Consejo de Estado como una potestad excepcional o exorbitante en ejercicio de una función administrativa, mediante la expedición de un acto administrativo, tesis que se reitera en reciente pronunciamiento de esta Corporación, así:

(…)

Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa?

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 12 de 14

La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas.

(...)

Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa.” (Negrillas fuera de texto) (CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)).

a. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, señala en su parágrafo, lo siguiente:

“Parágrafo.– En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.

En conclusión, en un contrato interadministrativo no es procedente incluir cláusulas especiales o excepcionales de la administración pública, como tampoco cláusulas de multas, sanciones o declaratorias de incumplimiento, o penal pecuniaria, debido a que las mismas son potestades exorbitantes de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, y se prescindirá de la utilización de estas estipulaciones excepcionales en contratos de esta naturaleza, siguiendo los mandatos del parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente, el Consejo de Estado ha señalado en otros pronunciamientos que:

“El poder de las entidades estatales de imponer coactivamente su voluntad sobre el contratista, durante la ejecución o liquidación del contrato, (...) se atribuyó al ADMINISTRADOR DE LO PÚBLICO y únicamente frente a su COLABORADOR PRIVADO y por lo mismo no para el contrato interadministrativo, en el cual ambas partes son Agentes Públicos, pues ambos representan la Administración pública gestora del interés general y por lo tanto no imperan frente a éstas, en

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 13 de 14

mundo negocial, los poderes coactivos, como así lo informa indirectamente el artículo 14 de la ley 80 de 1993 que si bien alude a cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige en canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales del Estado contratante respecto del Estado contratista.” (Consejo de Estado. Sección Tercera. 20 de mayo de 2004. Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo. Radicado: 11001-03-26-000-2003-00028-01(25154)).

Debemos observar como en el aparte antes transcrito, la Corporación Judicial aludida no hace una distinción entre los diversos poderes exorbitantes que podría llegar a tener la administración frente a los administrados (para señalar cuáles sí y cuáles no podrían ser ejercidos en tratándose de los Contratos Interadministrativos), sino que concluye de entrada y de manera categórica que basta con que ambos sujetos sean entidades pertenecientes al sector público, para entender que por naturaleza, es decir, por razón de la relación de horizontalidad que existe entre las dos entidades contratantes, resulta materialmente imposible que una de ellas se imponga a la otra, y se valga de poderes (o tome decisiones unilaterales) que bien podría llegar a utilizar (o a tomar) en escenarios en los que su contraparte fuese un particular.

En reciente decisión adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se concluyó lo siguiente:

“(…) Sobre este punto sólo resta manifestar que ante el incumplimiento de (...) no se encontraba habilitado para proferir un acto administrativo unilateral por medio del cual se declarara tal incumplimiento, pues ello conlleva el ejercicio de una facultad excepcional, cuya estipulación en los convenios administrativos se encuentra legalmente prohibida, de conformidad con el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (...)”. (Consejo de Estado, Sección Tercera- Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 16 de marzo de 2015., Radicación número: 760012331000200001361 01 (32.820)).

RESPUESTA

Efectivamente una vez terminado el proceso de contratación, donde exista un proveedor adjudicatario, situaciones jurídicas como las enunciadas por ustedes, serán evaluadas en el momento de realizar la minuta contractual, y en caso, luego de examinados los documentos jurídicos de la empresa adjudicataria, se evidencia su participación accionaria por el Estado en las proporciones establecidas, o de ser una entidad pública, se realizará la minuta en esa dirección, y de ser el caso, acogiendo como ustedes lo han manifestado, excepciones contractuales que en el giro ordinario serían aplicables con empresa comerciales.

QUINTA PREGUNTA

CONTRATO

a. Solicitamos emitir un borrador de contrato integral, en el documento remitido la estructura no permite identificar la secuencia de las obligaciones y responsabilidades claramente.

CONVOCATORIA PÚBLICA No. 307 DE 2019

Página 14 de 14

RESPUESTA

En la página web del INC se publicó el 12 de abril de 2019, los términos de condiciones con sus correspondientes anexos, entre los cuales se evidencia el anexo No. 7 "MINUTA" en el cual en su cláusula novena, se incorporaron las obligaciones tanto generales como específicas, las cuales fueron establecidas en los estudios previos, documento igualmente publicado en la página web del Instituto.

Sin embargo en aras de dar claridad al tema, se adicionará en los términos de condiciones las obligaciones tanto generales como específicas, estipuladas en los estudios previos.

Se surtió adenda No. 2 la cual se encuentra publicada en nuestra página web www.cancer.gov.co

b. Solicitamos retirar el numeral 37.42, teniendo en cuenta que el servicio prestado no requiere personal permanente en el INC, más aun teniendo en cuenta que ETB cuenta con más de 2.000 empleados, más de 400 empleados de ETB deberían pertenecer a la brigada de emergencia del INC.

Estaremos atentos a su respuesta.

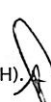
RESPUESTA

Se surtió adenda No. 2 la cual se encuentra publicada en nuestra página web www.cancer.gov.co


CAROLINA WIESNER CEBALLOS
Directora General

Vo.Bo: Juan José Pérez Acevedo - Subdirector General de la Gestión Administrativa y Financiera.

Vo.Bo: Wilson Ibarguen Lozano - Coordinador Grupo Área Gestión Contractual. (E) 

Revisó: Juan Carlos Guarín Ferrer - Profesional Especializado Grupo Área Gestión Contractual (en misión GOLD RH). 

Elaboró: Monica Liliana Galvis Navarrete- Auxiliar Administrativo Grupo Área Gestión Contractual