



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 568 DE 2020

Página 1 de 6

EL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – INVITA A PRESENTAR PROPUESTAS PARA SUMINISTRO E INSTALACIÓN DEL SISTEMA DE DETECCIÓN Y EXTINCIÓN DE INCENDIOS PARA EL EDIFICIO ADMINISTRATIVO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA INCLUYENDO LAS ADECUACIONES NECESARIAS PARA LA INSTALACIÓN DE LOS SISTEMAS, DANDO CUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES Y NORMATIVIDAD VIGENTE PARA ENTIDADES PRESTADORES DE SERVICIO EN SALUD COMO MEJORA EN LA INFRAESTRUCTURA.

RESPUESTA A OBSERVACIONES EXTEMPORANEAS REALIZADAS A LA EVALUACIÓN TÉCNICA

El Instituto Nacional de Cancerología Empresa Social del Estado, procede a dar respuesta a las observaciones extemporáneo realizadas a la Evaluación técnica publicada el 30 de noviembre en la pagina https://www.cancer.gov.co/contratacion_reporte/58/etapas así:

- A) Observaciones presentadas por CONSORCIO AC-BC Recibidas a través del correo electrónico invitaciones@cancer.gov.co, el 01 de diciembre de 2020 09:38

PRIMERA PREGUNTA:

En atención a la evaluación proferida por la entidad en fecha 30 de noviembre de 2020, resulta necesario aclarar que de acuerdo a la naturaleza jurídica y a la referencia normativa que cobija al Instituto Nacional de Cancerología E.S.E, en especial la resolución 5185 de 2013 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social *"Por medio del cual se fijan los lineamientos para que las empresas sociales del estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual"* y que con base en lo anterior, el Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., mediante el acuerdo No. 007 de 2014 aprobado por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología ESE, elabora su manual de contratación No. GDC-P02-M-01, a través del cual se establecen los procedimientos para llevar a cabo sus procesos de selección de contratistas.

Así las cosas, consideramos importante resaltar los numeral 2.5 y 2.6 del artículo 16 del mencionado acuerdo, cuyo texto es del siguiente tenor:

- 1 [...] 2.5. *Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas y su evaluación, indicando los requisitos que otorguen puntaje con la descripción de los mismos, la manera como se evaluarán y ponderarán y las reglas de desempate, así como las reglas para la adjudicación del contrato.* 2.6. *Las causas que dan lugar a rechazar una oferta, teniendo en cuenta que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, de acuerdo con el principio de subsanabilidad descrito en el presente acuerdo. [...]*

De acuerdo al Artículo 195 de la ley 100 de 1993, las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

- 2 "[...] 6. *En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. [...]*"

Como se observa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007 y las demás normas aplicables al Instituto, es claro que su régimen de contratación se sujeta al derecho privado y solo se aplica el Estatuto de Contratación Pública en lo relativo a las cláusulas exorbitantes, en un marco de discrecionalidad.



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 568 DE 2020

Lo anterior significa que, en materia contractual, el régimen del Instituto es excepcional al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, pues excluye las reglas establecidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

El numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, dispuso lo siguiente:

"[...] Artículo 195. Régimen Jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. (Negrillas y subrayado fuera del texto original) [...]"

Como puede verse, la norma establece una excepción a la aplicación del régimen general de la contratación de la administración pública y, por lo tanto, le resultan aplicables los principios constitucionales de la función administrativa y del control fiscal (Art. 209 y 274 de la C.N., sucesivamente). Por ello, las normas y/o disposiciones que emanan del Estatuto de Contratación Pública no son aplicables al Instituto, lo cual comprende –naturalmente– las directrices y lineamientos establecidos por Colombia Compra Eficiente, cuya existencia se deriva de la Ley 1150 de 2007, al tenor de lo establecido en el Decreto 4170 de 2011.

En otras palabras, todas las disposiciones del Estatuto de Contratación Pública resultan ajenas a la gestión contractual del Instituto, salvo lo relativo –se reitera– a las facultades exorbitantes o excepcionales y, por consiguiente, no resultan aplicables las disposiciones y directrices establecidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

Sin perjuicio de lo anterior, si en gracia de discusión se admitiera que las directrices y lineamientos de Colombia Compra Eficiente son aplicables al Instituto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a la guía para las entidades estatales con régimen de contratación referenciada con el código G–EEREC–01 y expedida por Colombia Compra Eficiente, las entidades estatales de régimen excepcional deben aplicar los manuales y guías correspondientes de acuerdo con la naturaleza de su propio régimen. Los manuales que este tipo de entidades deben tener en cuenta son los siguientes:

- Manual para la identificación y cobertura del Riesgo
- Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación
- Manual de incentivos en Procesos de Contratación, (Manual aplicable en lo referido al artículo 1 de la Ley 816 de 2003)
- Manual para la operación secundaria de los Acuerdos Marco de Precios

Las guías a tener en cuenta por parte de Entidades Estatales de régimen especial son las siguientes:

- Guía para la codificación de bienes y servicios con el clasificador UNSPSC
- Guía para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones en SECOP I
- Guía para publicar el Plan Anual de Adquisiciones
- Guía para la elaboración de estudios del sector
- Guía para el manejo de anticipos mediante fiducia mercantil irrevocable
- Guía para entender los Acuerdos Marco de Precios

Como puede observarse, brillan por su ausencia las guías que contienen las supuestas reglas aplicables sobre la ponderación de la experiencia y, por lo tanto, mal haría el Instituto en ir más allá de lo que la ley le permite, con el fin de incluir documentos que no hacen parte del marco aplicable a esta entidad



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 568 DE 2020

y mucho menos sin exponer claramente, en los términos de referencia el modo de calificación de la experiencia específica.

Por otra parte, respecto de los términos de referencia, resulta necesario resaltar a la Entidad que los mismos constituyen las reglas de participación de los interesados, es decir, son la fuente de derechos y obligaciones para las partes, de tal suerte que lo estipulado en los términos de referencia, son de obligatorio cumplimiento, dado que contienen la voluntad de la administración, por tanto, decidir fuera de su marco, constituye una violación a la voluntad de la misma administración. En este sentido, resulta importante señalar lo estipulado en las definiciones técnicas referenciadas en el numeral 5 del mencionado Manual de contratación, cuyo texto es el siguiente:

3 “[...]

Términos de condiciones: *El término de condiciones (Sic) está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. En este documento se establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la Instituto (Sic), los oferentes y el futuro contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. En los términos de condiciones son fundamentales para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, determinar desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. [...]” (Subraya fuera del texto original).*

Como puede verse, aun siendo régimen excepcional, en aplicación del principio constitucional de legalidad el Instituto reconoce que los términos de referencia constituyen ley para las partes y un acto al cual se vincula la administración a efectos de adelantar la contratación, regida por el derecho privado. Esa vinculación que emana del principio constitucional de legalidad implica que el Instituto no se puede apartar de las reglas establecidas en el pliego de condiciones ni tampoco puede aplicar reglas nuevas con posterioridad al cierre del proceso. Y aún procurando la eficacia del proceso de contratación, tampoco es dable que el Instituto aplique nuevas reglas que conculquen o desconozcan los derechos de los proponentes.

Por otra parte, llama la atención que la entidad en un primer pronunciamiento argumenta de manera inequívoca y categórica el objeto de aunar esfuerzos a través de las diferentes figuras asociativas contempladas dentro de los términos de referencia objeto de esta observación, y a posteriori bajo criterios que no encuentran fundamento en el marco legal, la entidad cambia su línea de razonamiento.

En este sentido, trayendo a colación lo señalado en una fracción de la evaluación del asunto, que a continuación se transcribe:

“[...]

El RUP es el documento idóneo para acreditar las condiciones habilitantes de capacidad jurídica, financiera, de organización y experiencia, de manera que las entidades no pueden exigir o solicitar documentos adicionales y se debe guiar por lo que está certificado en este instrumento. [...]”

Como puede verse, respecto de lo anteriormente transcrito, la Entidad posiciona argumentos con posterioridad al cierre del proceso, no contemplados como factor de evaluación dentro de los términos de referencia, y que por contrario dejan sin fundamento lo estipulado en los mismos como se expone a continuación:



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 568 DE 2020

[...]

3.3 EXPERIENCIA ESPECIFICA (300 puntos)

Para este efecto se evaluará la sumatoria en montos contratados ejecutados y terminados sobre experiencia en suministro e instalación de sistemas de detección y/o extinción de incendios, sustentada a través de certificaciones. En caso de que se presenten certificaciones de obra civil contratada y terminada, que dentro del alcance del contrato se hayan realizado suministro e instalación de sistemas de detección y/o extinción de incendios, debe ser claro qué monto se ejecutó en el sistema de detección y/o extinción mediante la presentación del acta de liquidación o finalización de contrato firmada para ser calificado conforme a lo siguiente. No se tendrán en cuenta contratos celebrados como subcontratistas.

[...]

De lo anterior puede observarse claramente la voluntad de la administración al plantear las reglas de evaluación de la experiencia específica, es por ello que no se concibe que en esta instancia la entidad exponga mecanismos de evaluación no contemplados en los términos de referencia creando un ambiente de inseguridad jurídica a los proponentes.

Así las cosas, y con base en los fundamentos jurídicos expresados anteriormente y con el fin de evitar daños y perjuicios a nuestra compañía – teniéndose en cuenta que nuestra oferta es la más favorable para la Entidad de cara a los términos de referencia y en consecuencia a las diferentes evaluaciones realizadas – solicitamos respetuosamente al comité jurídico evaluador, no acoger la solicitud del oferente Estructuras y Acabados (que equívocamente cita lineamientos de Colombia Compra Eficiente que como se ha soportado no son vinculantes para la entidad y en cambio sí inducen en error a la entidad), como argumento para reformar la respuesta a las observaciones publicadas el 9 de noviembre de 2020, toda vez que en los términos de referencia del proceso en cuestión no se estableció que la ponderación de la experiencia específica se debía realizar conforme a la participación de sus asociados, y como ya se expresó en este documento, a la entidad no le es dable acogerse a las directrices de Colombia Compra Eficiente con posterioridad al cierre del proceso y peor aún si estas no son vinculantes para las Entidades con régimen de contratación especial, como es el caso del Instituto Nacional de Cancerología E.S.E.

Como consecuencia de lo anterior, respetuosamente se solicita a la entidad que, en virtud de los principios de planeación, de la selección objetiva y de la transparencia, se nos adjudique el proceso y como corolario se suscriba el contrato del proceso objeto de esta observación.

RESPUESTA

El Instituto Nacional de Cancerología E.S.E., le informa que sea lo primero manifestar que el proponente hace una correcta interpretación acerca de las normas que atañen a las Entidades Públicas, en especial aquellas con un régimen especial como lo es el Instituto Nacional de Cancerología ESE, no obstante a esto, se recuerda que por el hecho de ser una Entidad que, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado, es de aquellas de naturaleza privada y, en principio, no le es aplicable el Estatuto General de la Contratación, por este solo hecho no es forzoso pensar que la Entidad sea ajena a las buenas prácticas públicas y jurídicas en materia de contratación. Es así como se debe en primera medida abordar que todos los contratos que elabora el INC, basados en su manual privado de contratación, siguen siendo contratos estatales, por ende, con observancia a los principios orientadores de la función pública, de la contratación pública, y del derecho administrativo.

Si bien es cierto, la exigencia del Registro Único de Proponentes – RUP – resalta en los procesos de contratación de las Entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación por ser una condición *sine qua non* para la habilitación de sus proponentes y con observancia a las reglas y excepciones que



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 568 DE 2020

Página 5 de 6

trae el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, esto no es un impedimento para que una Empresa Social del Estado pueda solicitar y verificar los requisitos habilitantes jurídicos, financieros y técnicos a través de dicho documento público emitido por las Cámaras de Comercio del país, permitiendo al interprete realizar juicios de apreciación que resulten aplicables, así como también lo son los criterios y conceptos de Colombia Compra Eficiente, contenidos jurisprudenciales, y doctrinales en material contractual, nutriendo las decisiones de la entidad, así se rijan por la ley civil y el derecho privado, pues esta situación no puede ser patente de corso, para desconocer preceptos legales que rigen la función pública, establecidos en la Constitución y la ley.

Así mismo es claro para el interesado, como para esta Entidad, que los términos de condiciones de los procesos contractuales que publica el INC son Ley para las partes, ya que, como se ha señalado en diferentes jurisprudencias y doctrinas, en estos “pliegos” es donde se plasma de manera pública las condiciones y reglas a seguir en determinados casos, como también la forma de escogencia entre los proveedores, y siempre respetando los principios de selección objetiva, transparencia y buena fe.

Por otro lado es claro para la Entidad que el documento de términos de condiciones es un acto administrativo complejo, es decir, es un acto emanado de la voluntad institucional, en sus facultades legales, complementado con otros actos igualmente verificados y ratificados por la Ordenadora del Gasto, los cuales se adhieren al documento de términos de condiciones, se publican al mismo tiempo con este y, al igual que el documento de términos de condiciones, si estos requieren alguna modificación, esta solo nace de la facultad de la Ordenadora del Gasto y se realiza únicamente por adenda firmada por ella. Estos documentos mencionados claramente son los anexos que se publican juntamente con el documento de términos de condiciones.

Revisado todo lo anterior y, teniendo en cuenta que es facultativo para una Entidad con régimen especial, solicitar el RUP u otros documentos de acuerdo con sus facultados especiales y determinadas por el derecho privado, es menester reflexionar si la voluntad institucional estuvo o no, encaminada a verificar los requisitos habilitantes simultáneamente con el RUP, veamos:

Requisitos jurídicos:

En los términos de condiciones de la Convocatoria Pública No. 568 de 2020, en su Capítulo 9, se plasmaron los requisitos habilitantes jurídicos, y sus correspondientes documentos de verificación. Es así como se encuentra lo siguiente: *“Presentar Registro Único de Proponentes vigente y renovado, expedido por la Cámara de Comercio, en la categoría que se encuentre el oferente de acuerdo con el objeto contractual; no se exigirá en los casos exceptuados normativamente.”* Como se puede constatar, el INC para esta convocatoria exigió el RUP como un requisito de orden jurídico.

Requisitos financieros:

Con respecto a estos requisitos, el RUP también figuró como una regla de la convocatoria en mención, verificada en el numeral 9.4.1. que estableció: *“La información financiera requerida para la evaluación de los indicadores financieros es la consignada en el RUP vigente”*. Es decir, que el INC en sus facultades discrecionales también estableció como parámetro verificable, en este caso financiero, lo que se estableciera en el RUP de cada proponente.

Requisitos Técnicos:

Con respecto a estos requisitos, el anexo No. 5 de los términos, en su numeral 1 “criterios de calificación del puntaje” estableció como regla general lo siguiente:



CONVOCATORIA PÚBLICA No. 568 DE 2020

Página 6 de 6

"Para acreditar la experiencia requerida y las condiciones mínimas señaladas, el proponente deberá presentar certificaciones, constancias o cualquier otro documento expedido por el contratante, su representante o por el interventor o supervisor del contrato. Adicionalmente, dichas certificaciones deben estar incluidas en el registro único de proponentes.

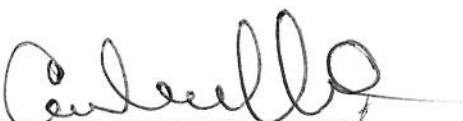
...

c. Si el contrato se ejecutó en consorcio, unión temporal u otra forma conjunta, deberá indicar el nombre de sus integrantes y el porcentaje de participación de cada uno de ellos. Cuando en la certificación no se indique el porcentaje de participación, deberá adjuntarse certificación del proponente individual o del integrante del proponente plural que desea hacer valer la experiencia en la que se haga constar dicho porcentaje de participación..." (negritas y subrayas fuera de texto)

Como puede observarse, el INC estableció para la verificación jurídica, financiera y técnica, la incorporación del RUP en tanto con la información allí contenida se realizaría diferentes evaluaciones de acuerdo con cada área.

Y es que precisamente el RUP es un documento público emanado de una entidad privada con funciones públicas como lo es la Cámara de Comercio, donde su información incorporada no nace del capricho de la Entidad, por el contrario, la información allí almacenada es producto de la manifestación de cada empresa en querer registrar sus movimientos contractuales, y la Cámara de Comercio, luego de verificar y contrastar dicha información aportada por la misma empresa (hoy proponentes), junto con sus Estados Financieros y demás, emite dichos documentos públicos los cuales quedan en firme 10 días hábiles luego de su expedición, haciendo que su información sea confiable y veraz, pero sobre todo, que por el principio de buena fe, dicha información se tiene como cierta y no admite prueba en contrario, o lo que es lo mismo para el presente caso, que no es dable para el Instituto desconocer lo que allí está plasmado, ergo, si el proponente radicó e informó ante la cámara de comercio el contrato en el que fungió como empresa parte dentro de una Unión Temporal, con una participación y ejecución de un 25%, pues no es dable para esta Entidad hacer caso omiso a esa información y por el contrario, desconocer dicho documento público y en firme, para otorgar una mayor participación o ejecución a una empresa que no la tuvo. No puede admitirse otra interpretación, toda vez que reflejan la realidad de experiencia contractual del proponente, la cual no puede ser descocida por la administración sin faltar los principios de objetividad, imparcialidad, realidad y transparencia.

Con todo esto se resuelve definitivamente su solicitud, no sin antes mencionar, que el INC ha actuado bajo los principios rectores de la contratación pública, es decir, dentro de la legalidad, por lo que se realiza una valoración de los daños mencionados por usted, y encuentra que no hay razón a contemplar daños a una persona cuando la administración pública está actuando dentro de la Ley y dentro de los principios constitucionales rectores que regulan las relaciones entre agentes del Estado y los ciudadanos.


CAROLINA WIESNER CEBALLOS
Directora General

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

VoBo: Jorge Orlando Neira Roldan – Asesor Dirección General

Vo Bo: María Yaneth Gil Parra – Coordinadora Grupo Área Financiera 

Vo Bo: Yolanda Ramírez Gomez – Coordinadora Grupo Gestión Compras y Contratación 

Revisó: Juan Carlos Guarín Ferrer – Profesional Especializado Grupo Gestión de Compras y Contratación (en misión GOLD RH). 

Elaboró: Angélica Maldonado – Auxiliar de oficina Grupo Gestión de Compras y Contratación. (en misión GOLD RH).