



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

704792

Bogotá, D.C.

Señor

OCTAVIO CARRASCAL NAVARRO

Representante Suplente

UNIÓN TEMPORAL COPANEM 2014 UT

Carrera 9 A No. 60 – 91 Oficina 402 Barrio Chapinero

Bogotá, D.C.

Asunto: Su requerimiento con radicado No. ENT-08186-2014 DEL 25-07-2014

En relación con su escrito, me permito manifestarle.

El ejercicio de los derechos de los participantes, en cuanto a la solicitud de explicaciones o del ejercicio de sus derechos derivados de la participación en las invitaciones públicas, no autoriza de manera alguna para colocar en tela de juicio la honorabilidad de los servidores públicos, menos cuando esas decisiones no sean del parecer de quien formula algún cuestionamiento. Quienes atendemos el servicio público, lo hacemos en acatamiento de las normas superiores y por principio constitucional debemos consideración de respeto a nuestra dignidad como ciudadanos y servidores públicos.

Las reglas de juego en estas actividades, hace que TODAS LAS PERSONAS jurídicas o naturales que presentan sus propuestas sean tratadas en igualdad de oportunidades y no por conveniencia de un determinado participante, de manera que los términos de referencia, las normas públicas y las decisiones de la jurisprudencia no son para ajustarlos a un solo proponente sino para beneficio y respeto de todos los participantes.

Con gusto pasamos a explicar lo solicitado.

Lo primero es aclararle que el Instituto Nacional de Cancerología, en su calidad de Empresa Social del Estado, autorizado por el artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993, se rige por el Derecho Privado, lo que de suyo implica no sujeción a la ley 80 de 1993 ni a sus decretos reglamentarios, modificatorios o derogatorios, como algunos de los citados por usted, que constituyen el Régimen de Contratación Estatal, a no ser la aplicación de las cláusulas llamadas exorbitantes, en caso de querer aplicarlas.

Por ello, en principio, no resulta ser destinataria ni tiene la obligación de aplicar estas normas, a no ser que por referenciación, predique su aplicación en casos específicos, en cuyo caso, resulta, ahí si obligatorio dejar explícitos los casos que entra a aplicar o, que por analogía y en caso de vacío legal le sirvan de referente normativo para solucionar la ausencia de disposición o regla de aplicación en sus términos de referencia.



**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Calle 1ª N° 9 - 85 / PBX: 334 1111

www.cancer.gov.co

Bogotá D.C., Colombia

NIT: 899.999.092 - 7



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

Si bien es cierto, las reglas generales del derecho de contratación, referidas en la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 2474 de 2008, que en estricto sentido no son de aplicación en la Institución, la Entidad no desconoce sus principios orientadores, pero los armoniza con el verdadero sentido de las necesidades del servicio; razón por la cual, las exigencias descritas en los términos de referencia deben ser cumplidas por todos los oferentes en aplicación del derecho a la igualdad y oportunidades, ya que este instrumento es ley para las partes.

También es necesario puntualizar que los principios de subsanabilidad y prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, son premisas que encuentran su sustento en que la regla general de las invitaciones públicas se aplican sobre la posibilidad de no rechazo, que se basa en qué elementos o requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, puedan ser subsanados hasta antes de la adjudicación,

Con el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, podemos señalar que los límites de estos dos principios llegan hasta cuando se trate de los siguientes eventos de observaciones: 1. Que se verifiquen las condiciones del proponente, 2. Que soporten el contenido de la oferta, y 3. Que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad.

En apoyo de los artículos 228 de la obra del constituyente de 1991, que desarrolla el principio por el cual se debe preferir el derecho sustancial por el formal y 209 ibídem, que enseña que la función administrativa obedece a los intereses generales aplicando los principios de igualdad, imparcialidad y economía, las invitaciones, las propuestas y la posibilidad de participación siguen derroteros establecidos en la ley y la jurisprudencia que señalan como objetivo principal la regla de subsanación y, por oposición, la excepción es que no pueda subsanarse una propuesta, y no al contrario como parece entenderlo.

También es necesario puntualizar que los principios de subsanabilidad y prevalencia de lo sustancial, no pueden ser patente de corso para que indefinidamente el proponente ajuste sus ofertas ni para que en desarrollo de las observaciones realizadas mejore su oferta; pues constituye un desequilibrio en las reglas de juego y una burla para los otros interesados que se han ajustado a las exigencias requeridas por la entidad Estatal. Premisa que encuentra su sustento en que la regla general de no rechazo se basa en elementos o requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas.

Comprometido el Instituto con el cumplimiento de las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales, en su estatuto de contratación estableció en relación con la subsanabilidad, lo siguiente:

“SUBSANABILIDAD: El Instituto Nacional de Cancerología ESE en los procesos de selección buscará siempre que los oferentes, puedan subsanar aquellos asuntos que no sirvan para la comparación o el mejoramiento de las propuestas, teniendo en cuenta siempre la primacía de lo sustancial sobre lo formal.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Calle 1ª N° 9 - 85 / PBX: 334 1111
www.cancer.gov.co
Bogotá D.C., Colombia
NIT: 899.999.092 - 7

No será subsanable la falta de capacidad para presentar oferta, la constitución de la garantía de seriedad de la oferta (si hubiere sido exigida), los documentos que contengan elementos evaluables para la asignación de puntajes o que acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso de apertura y recepción de ofertas. Tampoco aquellos que impliquen desconocer los términos para subsanar contenidos en la convocatoria o subsanar aspectos que impliquen conductas atentatorias de la moral administrativa o de la lealtad con que deben concurrir los oferentes a los procesos contractuales.”

Como se aprecia, la Entidad responde a las normas fijadas en tal sentido, de manera que en su proceder ajusta su conducta a estos postulados, que según la jurisprudencia¹ son del siguiente tenor:

“Ahora bien, es claro que el hecho de participar en una licitación o en general en un proceso de selección, genera para el licitador otras obligaciones distintas de la de suscribir y legalizar el contrato, que consisten en realizar todas las actividades que se desprenden de la participación en el proceso y que son consecuencia del principio de la buena fe, en las que se encuentra la de dar oportuna respuesta a las “aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables” que le sean pedidas por la entidad licitante, con miras a efectuar una adjudicación objetiva.”

(...)

“Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.” (Art. 10 Decreto 2474/2008)

“De las normas transcritas se establece un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal y en todo caso, una premisa de que los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas o que no constituyan los factores de escogencia, son subsanables en condiciones de transparencia e igualdad para todos los participantes.”

“Por tanto, no se podrá alegar por los interesados que el establecimiento de etapas o momentos para subsanar defectos que no influyen en la comparación de las ofertas viola la transparencia o comporta el ofrecimiento de ventajas incompatibles con el derecho a la igualdad, pues para todos ellos, precisamente, será aplicable la regla de subsanación en condiciones de transparencia y objetividad.”

“Ahora bien, en cuanto a la oportunidad para subsanar, la Sala considera que de conformidad con la Ley 1150 de 2007, el límite máximo para el saneamiento se extiende “hasta la adjudicación”. Tal precisión debe hacerse puesto que el Decreto 2474 de 2008, parecería permitir a la entidad fijar un término más allá, cuando señala que “Tales requisitos o documentos podrán ser

¹ Concepto 1927 del 6 de noviembre de 2008. Número Único 11001-03-06-000-2008-00079-00. Consejo de Estado.



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

requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”.

Como puede verse, no es capricho de la Entidad aceptar la subsanación de los requisitos subsanables a los proponentes, pues como queda evidente, es un derecho al que concurren, en igualdad de oportunidades y dentro de los precisos términos fijados por la ley y la jurisprudencia.²

Al caso concreto le comento:

De la posibilidad de subsanar deficiencias de la póliza de seriedad de la oferta:

En el citado concepto 1927 del 6 de noviembre de 2008 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, señaló:

“Síntesis: La presentación de la póliza de seriedad de la oferta es un requisito indispensable para la presentación de la propuesta y su falta de entrega con la oferta no es subsanable. **Son saneables, en los términos previstos en la ley y sus decretos reglamentarios, los defectos de la póliza presentada oportunamente, en la medida que ésta no es un factor de comparación de las propuestas.** No es posible aceptar la presentación de pólizas de seriedad de oferta constituidas en fecha posterior al cierre del proceso de contratación.”

Recuérdese que el proponente MEDYCARE SAS, presentó oportunamente la póliza de seriedad de la oferta; esto es, para antes de la fecha y hora de entrega de su propuesta (cierre), pero con un defecto formal, en cuanto no comprendía el total del monto de su oferta, situación que ante la observación de la Entidad fue motivo de subsanación oportuna; es decir, antes de la adjudicación de la invitación; luego, la Asesoría de la Dirección, estaba en el deber de habilitar la propuesta.

Con relación al tema particular de los aspectos financieros, me permito hacer las siguientes precisiones.

En los términos de referencia o condiciones de la Convocatoria Pública No. 073 de 2014, en el numeral 13.2 Estructura de la Evaluación Financiera, quedó consignado que la información financiera requerida para la evaluación de los indicadores financieros es la consignada en el RUP: En caso que el proponente esté exento legalmente de presentar el RUP, se evaluará con los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2013 debidamente aprobados, conforme a la normatividad vigente.

Por lo expuesto, la evaluación de los indicadores financieros del proponente MEDYCARE SAS se realizó con los estados financieros a 31 de diciembre de 2013, los cuales fueron aprobados por Acta 002 del 30 de marzo de 2014 y modificados según Acta 005 del 19 de julio de 2014, a través

² “En esta materia la doctrina se inclina por un manejo flexible de las situaciones para no hacer nugatorio el derecho que tiene a la adjudicación quien ha presentado una buena oferta, solo cuestionable por simples detalles” (Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 19 de febrero de 1987, rad. 4694.)



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

PROSPERIDAD
PARA TODOS

Calle 1ª N° 9 - 85 / PBX: 334 1111
www.cancer.gov.co
Bogotá D.C., Colombia
NIT: 899.999.092 - 7



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

de la cual aclaró los estados financieros de 2013, en el sentido de que en las cuentas por cobrar clientes, no aparecían registradas unas facturas por valor de \$184.987.000.

Con relación al certificado de la cámara de comercio, esté se solicitó para la evaluación jurídica, pero en los términos de condiciones no se hace mención alguna a que se constituya en el documento para hacer la evaluación de los indicadores financieros, se hace mención es a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2013 debidamente aprobados; por ende, mal podría el Instituto entrar a cualificar los indicadores con base en el certificado de la cámara de comercio.

La reevaluación se efectuó bajo el amparo del artículo 83 de la Constitución Nacional, la cual dispone que "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

Los términos de condiciones son el marco que regula el proceso de la convocatoria, la cual, en el caso que nos ocupa, el Instituto dio plenamente cumplimiento, recordando que en los capítulos 13.1 y 13.2 de la convocatoria pública, expresamente se dice que las evaluaciones jurídica y financiera no tienen puntaje, solamente habilitan o deshabilitan y en caso de observaciones, a ellas podrá presentarse observaciones o subsanarse.

Como puede observar, la habilitación jurídica y financiera es un imperativo legal de obligatorio cumplimiento por esta Entidad y, precisamente en acato de los derechos de los proponentes, de las reglas de subsanabilidad, de transparencia, objetividad y honestidad, entre otros de los principios de la administración pública con el que actuamos siempre los servidores públicos, es como se ha dado respuesta a los proponentes.

Finalmente, no sobra recordar que esta Institución, en apego de las previsiones del artículo 83 de la Constitución Política Colombiana, reconoce y aplica el principio de la buena fe en las declaraciones, manifestaciones y actuaciones de los proponentes, sin perjuicio que si se llegare a probar alguna irregularidad sería colocada en conocimiento de las autoridades competentes e igualmente de la obligación de denunciar que tienen los proponentes si tuvieran prueba de alguna irregularidad que constituye motivo de conocimiento de las autoridades colombianas.

Cordialmente


JUAN JOSÉ PÉREZ ACEVEDO

Subdirector General de la Gestión Administrativa y Financiera

SAGF/JJPA/A de la D/JNR/jnr



**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Calle 1ª N° 9 - 85 / PBX: 334 1111
www.cancer.gov.co
Bogotá D.C., Colombia
NIT: 899.999.092 - 7