

**RESPUESTA A OBSERVACIONES INFORME DE EVALUACION PROCESO FPT-052-2013 Objeto: "Realizar la producción profesional de hasta veinticinco (25) cápsulas audiovisuales de un (1) minuto de duración cada una, correspondientes al proyecto denominado: "Cápsulas Turísticas Audiovisuales Experiencias Únicas."**

## OBSERVACIONES

---

**Raquel Sofía Amaya Producciones y Cia Ltda.**

Lunes 23/09/2013 05:46 p.m.

**Observación 1:** *"En aras de la transparencia que debe caracterizar a este tipo de procesos de contratación, igualmente para tener claridad y definir si se presentaron propuestas económicas artificialmente bajas en el proceso de selección del asunto, consideramos pertinente se haga público el estudio de mercado adelantado por la Entidad, mediante el cual se definió el presupuesto de \$497.000.000, así como las propuesta económicas realizadas por cada uno de los oferentes. Lo anterior considerando que en las respuestas a las observaciones publicadas el 12 de septiembre, se contesta por parte de ustedes que "en caso de tener propuestas que se adecuen a presupuestos artificialmente bajos, el procedimiento que se realizará consistirá en la comparación de las mismas con los estudios de mercado realizados previamente para la elaboración del presupuesto".*

**Respuesta:** En atención a la mencionada observación el FONDO NACIONAL DE TURISMO, solicitó al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Entidad proponente del Proyecto, el sondeo de mercado que fue utilizado para la determinación del presupuesto del mismo.

El Grupo de Promoción del Viceministerio de Turismo remitió las cotizaciones solicitadas a distintas empresas y las cuales sirvieron para la elaboración del presupuesto, a saber:

No.	Empresa	Valor
1	WORK STATION	\$459.012.000
2	GUALA FILMS	\$488.800.000
3	BOGOTA DIGITAL CINEMA	\$448.825.170

Al revisar los valores señalados para la ejecución del servicio requerido, se obtuvo un valor promedio de \$465.545.723. Claramente se debe precisar que al momento en que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicitó las cotizaciones, los precios cotizados por las empresas no serían los mismos que presenten con las propuestas, toda vez que ya se estaría frente a una competencia entre distintos oferentes; evidentemente cuando se pide una cotización el precio ofertado será uno y cuando se invita en un proceso de selección el precio será otro.

Adicionalmente, cuando una empresa decide participar dentro de una invitación abierta como el caso que nos, su desgaste administrativo en cuanto a costos e inversión de tiempo en la preparación de la propuesta es completamente distinto a cuando simplemente se le solicita una cotización respecto de un servicio en particular; este aspecto debe ser tenido en cuenta además como una de las posibles causales que llevan a encontrar diferencia entre el promedio obtenido de las cotizaciones solicitadas por el Ministerio, a el promedio de los valores ofertados por los proponentes en sus propuestas.

No obstante lo anterior, es importante precisar que los valores ofertados por los proponentes que participaron en el proceso FPT – 052 – 13, oscilaron en un valor promedio de \$397.933.711.54 (un mayor valor de \$493.000.000 y un menor valor de \$338.168.250)

Por otra parte FONTUR requirió mediante correo electrónico del 18 de diciembre del año en curso, a VIRTUAL TV COMUNICACIONES la explicación respecto del valor de su propuesta y la justificación para la obtención del presupuesto allí plasmado.

VIRTUAL TV COMUNICACIONES, en correo electrónico recibido el 19 de diciembre de 2013, manifestó: “(...) 2) *Tenemos convenios con Agencias de viajes, Hoteles, Compañías de transporte terrestre y fluvial a nivel nacional; lo cual nos permite por obvias razones obtener bajas tarifas en los servicios descritos por el volumen de producciones anuales que manejamos*”. 3) *Los equipos de producción y postproducción con los que cuenta virtual televisión Ltda para realizar el proyecto FONTUR son propiedad de la compañía, por esta razón no necesitamos alquilarlos, esto de acuerdo a la experiencia es uno de los ítems que en el mercado aumenta considerablemente el valor de cualquier producción*”. 4) *El grupo personal profesional y técnico designado para el proyecto FONTUR está vinculado directamente con nuestra compañía, este ítem es de gran favorabilidad al momento de efectuar cualquier estudio de costos ya que no requerimos de personal Free Lance debido a que en esta modalidad de contratación sus honorarios son más altos y por ende aumenta costos para ejecutar proyectos. (...)*”.

Con base en lo anterior y de conformidad con los argumentos expuestos por el proponente, FONTUR los acepta de una parte, bajo la presunción del principio constitucional de la Buena fe con la que actúan los particulares, y de otra en razón a que no se encuentra una diferencia significativa e injustificada entre el valor arrojado por el promedio obtenido de los valores presentados por los proponentes dentro de la invitación y el valor de la propuesta presentado por VIRTUAL TV COMUNICACIONES que permita concluir que su propuesta es artificialmente baja. Además, el proponente sugerido para desarrollar el objeto de la invitación FPT-052-2013, queda obligado a mantener el precio ofertado y ya no tendrá la posibilidad de ofertar un precio más alto.

---

**EDNA MARITZA RIVEROS RIVEROS- CUARTO PODER LTDA.**  
**Miércoles 25/09/2013 05:09 p.m.**

**Observación 1:** *“La garantía de seriedad de la oferta la exige la ley para cubrir los riesgos derivados del incumplimiento de la propuesta, es decir, que el oferente se niegue a firmar el contrato después de que se le adjudique, que se niegue a ampliar la vigencia de la misma garantía cuando la entidad se lo exija, o se niegue a presentar la póliza de garantía de cumplimiento del contrato. Es decir, que salvo circunstancias excepcionales de extrema urgencia en la celebración del contrato, los riesgos que ampara esta póliza no son significativos para la entidad estatal, pues, como es sabido, si el ganador de un proceso contractual se niega a suscribir el contrato, la entidad lo puede hacer con quien quedó en segundo lugar. No son, por tanto, comparables estos riesgos con los que amparan las pólizas de cumplimiento del contrato, pues un incumplimiento contractual evidentemente sí le puede causar a la entidad estatal perjuicios de considerable magnitud.*

*Incluso la ley permite que se prescinda de esta garantía cuando el concurso consiste en una subasta inversa para adquirir bienes de características técnicas uniformes y de común utilización.*

*El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 determina que las “garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y, en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto.” Anotamos, entonces, que el único requisito que la ley le exige a la compañía aseguradora que expide la póliza, es el de estar autorizada para funcionar en Colombia.*

*Por otra parte, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, le ordena a las entidades estatales que los requisitos que establezcan en los pliegos de condiciones sean proporcionales a la naturaleza del contrato y a su valor, que, en este caso, es de un poco menos de quinientos millones de pesos (\$ 500.000.000). Pero insisto en que aquí no estamos hablando de la garantía de cumplimiento del contrato, sino apenas de la garantía de seriedad de la oferta.*

*No obstante lo anterior, y a pesar de que el espíritu del Estatuto de Contratación del Estado es el de prohibir que las entidades estatales establezcan en sus pliegos de condiciones requisitos inusuales, desproporcionados o exagerados con relación a la naturaleza del contrato y a su cuantía, en el capítulo tercero – Garantía de Seriedad de la Oferta – del pliego de condiciones que nos ocupa, ustedes establecieron: “Solo se recibirán pólizas de seguros provenientes de aseguradoras que cuenten con calificación de riesgo expedida por una entidad facultada para tal efecto por la Superintendencia Financiera de Colombia.”*

*Aun suponiendo que la Superfinanciera “faculte” a determinadas entidades para “calificar el riesgo” de las aseguradoras autorizadas para operar en Colombia, lo cual no pudimos verificar por falta de tiempo, esta exigencia es francamente inusual, desacostumbrada y*

extraña a las costumbres contractuales de las entidades estatales. No es lógico que para una simple garantía de seriedad de la oferta, cuyo monto amparado es menor a los cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000), se haga una exigencia de tal magnitud, pues el riesgo amparado es mínimo, dado que son muy pocos los casos en que un proponente se niega a firmar el contrato después de que se le ha adjudicado, o a prorrogar la vigencia de estas pólizas. En nuestra larga experiencia como contratistas del Estado no hemos visto el primer caso en que este siniestro ocurra.

La empresa CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. está autorizada para cubrir "todo riesgo para contratistas", mediante la resolución 5148 del 31 de diciembre de 1991, según consta en su certificado de existencia y representación legal, expedido por la Superintendencia Financiera, que se adjunta. Cumple cabalmente, entonces, con los requisitos exigidos por la ley colombiana para cubrir este tipo de riesgos. Más aún: ha recibido su calificación de riesgo por parte de MOODY'S INVESTORS SERVICE, un organismo de reconocimiento internacional, cuya certificación se adjunta.

En otro orden de ideas, debo mencionar que, aunque la contratación de esa entidad no se rige por el Estatuto de Contratación Pública, la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha señalado que las entidades que manejen recursos públicos, aunque se rijan por el derecho privado, deben respetar los principios fundamentales de la contratación administrativa, entre ellos, los de transparencia, economía y responsabilidad. Con el debido respeto, considero que FONTUR, por las razones arriba expuestas, está violando seriamente el principio de transparencia, al descalificar nuestra oferta por razones sin sustento jurídico suficiente.

En consecuencia, solicito que se rectifique el informe de evaluación y en su lugar se proceda a clasificar como apta la oferta presentada por CUARTO PODER O.R. S.A.S."

**Respuesta:**

El artículo 42 de la ley 300 de 1996, modificado por la ley 1450 de 2011, establece la naturaleza del Fondo de Promoción Turística- hoy FONTUR, de la siguiente manera:

*"ARTÍCULO 42. DEL FONDO DE PROMOCIÓN TURÍSTICA<1>. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Créase el Fondo de Promoción Turística<1> como un instrumento para el manejo de los recursos provenientes de la contribución parafiscal a que se refiere el artículo 40 de esta Ley, el cual se ceñirá a los lineamientos de la política turística definidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. **Para todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a cabo la Entidad administradora del Fondo de Promoción Turística<1> se adelantarán de conformidad con el derecho privado**". (negrilla-subrayado fuera de texto)*

El derecho privado no tiene un régimen regulatorio para la contratación como si lo tiene la contratación pública, la cual se orienta por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el decreto 1510 de 2013 y demás normas que la modifican y reglamentan, en consecuencia de lo anterior, los negocios jurídicos que adelanta FONTUR se rigen por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, normas estas que no señalan límites para los requerimientos de los pliegos que se publican, es así como el artículo 860 del Código de Comercio señala:

*"ARTÍCULO 860. <LICITACIONES PLIEGO DE CARGOS>. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás".*

Así las cosas, el marco legal aplicable a la contratación adelantada por FONTUR, son las normas Comerciales y Civiles y el procedimiento para los procesos y contrataciones, se tramitan de conformidad con el manual de contratación publicado en la página web, como se estableció en el numeral 1.2 de las condiciones generales que hacen parte de los términos de referencia dispuestos para este proceso.

De conformidad con los términos de referencia, con la presentación de la propuesta cada uno de los proponentes, aceptaron de forma expresa las condiciones allí establecidas y en consecuencia para FONTUR es claro que los proponentes examinaron todas las instrucciones, condiciones, especificaciones, formularios, anexos, adendas y documentos aclaratorios que forman parte del presente proceso, todo lo cual constituye la fuente de información para la elaboración de la propuesta.

Así las cosas FONTUR, no es responsable por descuidos, errores, omisiones, conjeturas, suposiciones, mala interpretación u otros hechos en que incurra el proponente que le sean desfavorables y que puedan incidir en la elaboración de su propuesta; En ese orden de ideas, tal como se especificó en el numeral 1.9 de las condiciones generales de los términos de referencia.

El proceso de selección que adelantó FONTUR, se orientó en los principios de selección objetiva, tan evidente fue ello que a CUARTO PODER O.R S.A.S., se le solicitó subsanar la presentación de la garantía de seriedad, no obstante dentro del término otorgado, no fue atendido el requerimiento quedando en consecuencia inhabilitada la propuesta de conformidad con el numeral 3.5, literal H, de los términos de referencia. Tampoco fueron aceptados los argumentos expuestos por ustedes mediante correo electrónico recibido el 17 de septiembre de 2013, por lo que en su momento se les comunicó:

*"Después de realizar las respectivas verificaciones ante de la Superintendencia Financiera de Colombia, más específicamente en el SIMEV, encontramos que en el caso particular de Moody's Investors Service, dicha compañía no se encuentra autorizada para calificar aseguradoras en Colombia.*

*La Circular externa enviada por ustedes, se refiere a la calificación de la reaseguradora de CHUBB DE COLOMBIA, que para el caso en particular no nos sirve; como lo señale desde un comienzo las condiciones particulares exigen presentar una póliza de garantía de seriedad de la oferta por una compañía aseguradora que se encuentre autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia.*

*Para Colombia las empresas autorizadas para esta labor son:*

*FITCH RAITINGS*

*BRC*

*VALUE AND RISK*

*Igualmente los invitamos a verificar esta información el siguiente <http://www.superfinanciera.gov.co/>, SIMEV".*

Por lo anteriormente expuesto, se mantienen los resultados de la evaluación que fueron publicados en la página web de FONTUR.