

INVITACIÓN ABIERTA A PRESENTAR PROPUESTAS FNT-097-15

OBJETO: "CONSTRUCCIÓN DE LAS BATERÍAS DE BAÑOS EN EL CASTILLO DE SAN FELIPE DE BARAJAS. PERIFERIA DEL CENTRO HISTÓRICO DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR."

RESPUESTA A OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN
Marzo 30 de 2016

EJECUCA COLOMBIA

OBSERVACIÓN: *"Nos permitimos solicitar respetuosamente que sobre ese particular se tenga en cuenta la aclaración realizada por EJUCA el 25 de febrero de 2016, que mediante oficio radicado E-2016-6588 se adjuntaron los estados financieros donde se evidencia que no existe tal falta de coincidencia en los ingresos, egresos e ingresos operacionales mensuales, así mismo, se entregaron las notas a los estados financieros, se entregó copia del formulario FTGRI 23 debidamente diligenciado, todos estos documentos, se encuentran debidamente radicados en la entidad.*

Dando alcance a la comunicación radicada el día de hoy mediante radicado E-2016-66541, me permito informar a la entidad que en atención al principio de publicidad, transparencia y legalidad que asisten a los procesos de contratación de fiducoldex y fontur, la decisión tomada por la entidad de declarar no hábil a la compañía que representó por la supuesta inconsistencia en el formulario FTGRI 23 no tiene asidero alguno.

Si bien en las condiciones generales iniciales se estableció un cronograma del proceso, donde claramente se indicaba el plazo de subsanabilidad de la propuesta, el mismo fue modificado mediante adenda 5, en la cual, no se estableció termino de subsanabilidad alguno, lo que implica que esa adenda contentiva del cronograma oficial, permite la subsanación de los requisitos del propuesta en cualquier momento, pues no hacerlo implicaría una violacion a los principios ya mencionados, especialmente el de publicidad y moralidad administrativa.

Adicionalmente las condiciones generales para el proceso en ninguna parte contienen una consecuencia negativa derivada de la no subsanacion en un plazo determinado de las observaciones de la entidad. Esto significa que declarar la inhabilidad de Ejuca por supuestamente no subsanar dentro de un plazo, que como ya se demostró es ilegal, atenta contra el principio de legalidad, en la medida que no sólo se anexa contra la legalidad de la subsanacion presentada en término, sino que impone cargas adicionales a las verificables en las condiciones del proceso. Adicionalmente las aclaraciones se dan sobre un mismo documento en el cual se solicitaron en dos diferentes ocasiones aclaraciones a su contenido y en diferentes aspectos.

Por medio de la presente y como oferente dentro del proceso de la referencia, me permito muy respetuosamente, solicitar la revocatoria directa del ACTA DE SELECCIÓN DE FECHA 07 DE MARZO DE 2016, por medio de la cual, se adjudica el proceso de INVITACIÓN FNT-097-2015 CONSTRUCCIÓN DE LAS BATERÍAS DE BAÑOS EN EL CASTILLO DE SAN FELIPE DE BARAJAS. PERIFERIA DEL CENTRO HISTÓRICO DE CARTAGENA DE INDIAS DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, según lo establecido en los artículos 93 de la ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y artículo 9° de la ley 1150 de 2007 y por la vulneración de los principios preceptuados en los artículos 23, 26, 28 de la Ley 80 de 1993, 50 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474 de 2011.

RESPUESTA.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL P.A. FONTUR:

El artículo 42 de la Ley 300 de 1996 creó el Fondo de Promoción Turística como un instrumento para el manejo de los recursos provenientes de la Contribución Parafiscal para la Promoción del Turismo. Frente a la naturaleza jurídica del Fondo, el artículo del Decreto 505 de 1997 determinó que correspondía a una cuenta especial, con carácter de patrimonio autónomo, cuyos recursos serán destinados exclusivamente a la ejecución de los planes de promoción y mercadeo turístico y a fortalecer y mejorar la competitividad del sector turístico para incrementar el turismo receptivo y el turismo doméstico.

Por otra parte, el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011 determinó que los procesos de contratación que lleve a cabo el Fondo de Promoción Turística (hoy FONTUR), a través de su entidad administradora se adelantaran de conformidad con el derecho privado, es decir las normas Comerciales, Civiles y su Manual de Contratación. Este régimen de contratación fue ratificado por el artículo 22 de la Ley 1558 de 2012.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1558 de 2012 la naturaleza del Fondo de Promoción Turística se modificó, pues en su artículo 21 se ordenó su constitución como un patrimonio autónomo¹ cuya denominación se cambió por la de Fondo Nacional del Turismo - FONTUR.

Por lo anterior y con fundamento en lo establecido por el artículo 2 del Decreto 2251 de 2012, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, adelantó proceso de licitación pública No. 03 de 2013, para seleccionar la entidad fiduciaria que administrara el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo (FONTUR). Cumplidos los requisitos legales, fue seleccionada la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX S.A.², para que en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo administre el FONDO NACIONAL DE TURISMO - FONTUR, y en consecuencia suscribió el Contrato de fiducia mercantil No. 137 el 28 de agosto de 2013.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 3 de agosto de 2005. Expediente 1909. Síntesis: El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica y por ello, en los términos del artículo 44 de C. de P. Civil, no tiene capacidad para ser parte en un proceso. El fiduciario, lleva la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos. Los bienes que recibe el fiduciario a ese título no se integran a su propio patrimonio y únicamente garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, de ahí que obre la separación entre tales patrimonios y los provenientes de otros negocios fiduciarios, según lo que se desprende de los artículos 1226 a 1233 del Código de Comercio.

² Sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta del orden nacional.

Es claro entonces, que FIDUCOLDEX S.A como vocero y administrador del P.A. FONTUR, corresponde a un particular que administra recursos públicos, sin embargo por este hecho, no puede considerarse que realiza función administrativa y mucho menos que se modifica su condición de sujeto de derecho privado.

Dada la naturaleza jurídica del P.A. FONTUR, la naturaleza jurídica de su administrador – FIDUCOLDEX S.A. y el régimen de contratación señalado en el artículo 40 de la ley 1450 de 2011 (de Derecho Privado), los actos expedidos por el P.A. FONTUR en el marco de un proceso de contratación NO tienen la connotación de Acto Administrativo³.

Por lo tanto, FIDUCOLDEX S.A. en su calidad de vocera y administradora del P.A. FONTUR, no cuenta con las prerrogativas propias de las entidades públicas y al no tener la connotación de acto administrativo el acta de selección proferida dentro de la Invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015, no resulta procedente la revocatoria directa del acta. Por lo tanto su solicitud no es procedente.

2. DESARROLLO DE LA INVITACIÓN ABIERTA FNT-097 – 2015:

No obstante lo señalado anteriormente, el P.A. FONTUR precisa que la Invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015, se surtió con estricto cumplimiento a los términos de la invitación y los principios señalados en el Manual de Contratación del fondo, como se indica a continuación:

Principio de Transparencia: El proceso de contratación se adelantó otorgando publicidad a cada una de las actuaciones y documentos emitidos, para tal efecto se efectuó la publicación de los términos de la invitación, adenda, respuestas a observaciones, evaluaciones y actas en la página web de Fontur y en el SECOP.

Principio de Deber de Selección Objetiva: Las propuestas se evaluaron de acuerdo con las condiciones establecidas en la Invitación Abierta No. 097 de 2015, las cuales fueron aceptadas por los proponentes al momento de presentar su propuesta y con la solicitud de aclaraciones respectivas. De acuerdo con lo anterior, la evaluación realizada estuvo debidamente sustentada conforme los documentos presentados por cada una de los proponentes en sus ofertas, sin margen de subjetividad.

Principio de Debido Proceso: La invitación se desarrolló con las etapas que permitieran a los proponentes conocer el objeto a contratar, se otorgó un término para la presentación de observaciones a los términos de la invitación, la revisión de propuestas y presentación de observaciones al informe de evaluación.

Principio de Economía: En cumplimiento de este principio, invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015, se adelantó con los términos necesarios para adelantar un adecuado proceso y correcta evaluación, sin dilación a fin de cumplir el objetivo de contratación.

³ Corte Constitucional, sentencia C-1436 de 2000. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra: “la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.”³ Señalado fuera de texto.

Ahora bien, en los términos de la Invitación Abierta No. 097 de 2015, desde el once (11) de diciembre de 2015, fecha en la cual se publicó el proceso de contratación, se establecieron claramente las condiciones y documentos que debían ser allegados con la oferta, y que el proponente debía cumplir con la presentación de la propuesta, conforme lo dispuesto en el numeral 2.6.2. Interpretación y Aceptación de la Invitación, que indica:

"El participante deberá examinar todas las instrucciones, condiciones, especificaciones, formularios, anexos, Adendas y documentos aclaratorios que hagan parte de esta Invitación, todo lo cual constituye la fuente de información para la elaboración de la propuesta. (...) . Por lo tanto FONTUR no será responsable por descuidos, errores, omisiones, conjeturas, suposiciones, interpretaciones equivocadas u otros hechos en que incurra el proponente que le sean desfavorables y que puedan incidir en la elaboración de su propuesta. (...). El proponente deberá elaborar la propuesta de acuerdo con lo establecido en estos términos y anexar la documentación exigida".
(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el proponente tiene la responsabilidad de revisar la totalidad de los documentos del proceso con el fin de contar con la información necesaria para la presentación de su propuesta, así lo ha expresado el Consejo de Estado:

*"[...] el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado **proceso contractual (...) por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes.** al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. Sobre el particular, la Sala ha discurrido de la siguiente forma: "Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de "ley de la licitación" y "ley del contrato", en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación ".⁴*

Es claro entonces la carga de responsabilidad que tiene el proponente o interesado en participar en el proceso de contratación, de conocer y formular observaciones en caso de no conocer o entender el alcance de las condiciones establecidas para participar y presentar la propuesta, garantizando así que la documentación entregada efectivamente de cumplimiento a cada una de las condiciones establecidas en los términos de referencia, para tal efecto, en la Invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015, se estableció en el cronograma del 11 al 21 de diciembre de 2015, el término para presentar observaciones, sin que en se evidencie en los 4 formularios de respuesta a observaciones, solicitud por parte de EJUCA S.A. o de algún otro proponente sobre el entendimiento de los formatos a presentar con la propuesta en el citado proceso.

En desarrollo del proceso de selección, el P.A. FONTUR estableció con la publicación de los términos de la invitación, un cronograma para adelantar cada una de las etapas del proceso, término entendido como perentorio y preclusivo, y en este cronograma se estableció un periodo de

⁴ Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Julio 24 de 2013.

evaluación el cual incluía un periodo para entrega de documentos aclaratorios o subsanables de su propuesta, el cual se surtió del 2 al 4 de febrero de 2016, por lo que no tiene asidero su interpretación de que la adenda 5 "*no estableció una plazo para subsanar y por lo tanto el plazo para la entrega de los mismo es hasta la adjudicación*", toda vez que desde la fecha de convocatoria, se conocieron cada una de las etapas y fechas del proceso de la invitación, y en el momento de expedir la adenda No. 5, es decir, el 12 de febrero de 2016, la etapa de solicitud y presentación de documentos subsanables ya había concluido.

Es importante aclarar que las adendas modificatorias del cronograma previsto en los términos de las invitaciones del P.A. FONTUR modifican las etapas y fechas que NO se han surtido, puesto que a través de una adenda no se puede reabrir una etapa concluida.

Se concluye entonces que el P.A. FONTUR en todo momento cumplió con las reglas fijadas Invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015 y con los principios señalados en su Manual de Contratación.

2.1. DE LA EVALUACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA EJUCA S.A.:

El 1 de Febrero de 2016, el P.A. FONTUR publicó el Informe Parcial de Verificación de Requisitos Habilitantes, y en dicho informe el proponente EJUCA S.A. fue requerido para que entre otros documentos aportara debidamente diligenciados los formularios FTGRI 23 y 24, conforme al instructivo contenido en el Capítulo V de la Invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015, señalando lo siguiente:

"6. EMPRESA CONSTRUCTORA EJUCA S.A: Favor llenar la parte de origen y destino de fondos. Diligenciar N/A (No Aplica) a los espacios en los cuales no tiene la información. SE DEBEN DILIGENCIAR TODOS LOS ESPACIOS DEL FORMATO FTGRI 23 y 24"

La fecha establecida para la entrega de estos documentos, fue hasta el 4 de febrero de 2016, fecha en la que EJUCA S.A. presentó documentos subsanables a tiempo, mediante documento radicado E-2016-63765, por lo que al pasar este primer filtro los documentos fueron revisados y verificados por la Oficina de Cumplimiento de FIDUCOLDEX S.A. vocera del P.A. FONTUR.

De conformidad con la verificación de la información aportada en la propuesta y como documentos subsanables, realizada por la Oficina de Cumplimiento de FIDUCOLDEX S.A., vocera del P.A. FONTUR, se consideró necesario, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de deber de selección objetiva y transparencia, requerir nuevamente a varios proponentes aclaraciones adicionales al contenido de su propuesta; por lo que para el caso particular de EJUCA S.A., el 12 de febrero de 2016, mediante solicitud de documentos 2, se requirió lo siguiente:

"2. EMPRESA CONSTRUCTORA EJUCA S.A: Se evidencia que los estados financieros adjuntos no corresponden a la sucursal en Colombia, ya que quien firma los estados financieros es el representante legal de la empresa principal. - Se solicita adjuntar los estados financieros de la sucursal Colombia, firmada por su representante legal y por ende cambiar el formulario de conocimiento no cliente esto teniendo en cuenta que la información adjuntada debe ser acorde con la registrada en el formulario."
(Señalado y negrilla fuera de texto)

Para lo anterior se le otorgó un plazo hasta el 16 de febrero de 2016, para la radicación de los documentos solicitados, los cuales fueron presentados con radicado E-2016-64749, sin embargo luego de ser nuevamente estudiados por la Oficina de Cumplimiento de FIDUCOLDEX S.A., vocera del P.A. FONTUR, los mismos tuvieron un resultado NO satisfactorio encontrándose lo siguiente:

“Se realiza validación de información registrada en el formulario en el campo de información financiera en comparación con el estado de resultados aportado en el cual se evidencia que no coinciden el total de los ingresos, total de los egresos, y los ingresos no operacionales mensuales. No se evidencian las notas a los estados financieros correspondiente al año 2013”.

En este punto es preciso indicar, que los términos de la Invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015, señalan de manera detallada y clara en el Capítulo V. VERIFICACIÓN CONOCIMIENTO DE NO CLIENTE, la forma como debe presentarse el formulario FTGRI 23 Instrucciones de Diligenciamiento Formulario FTGRI 23 Persona Jurídica (ANEXO 7):

“Toda la información y documentos que a continuación se señalan deberán ser leídos y examinados cuidadosamente por los proponentes o posibles partes contractuales, con el fin evitar omisiones de información y errores en su diligenciamiento y presentación ante la entidad Fiduciaria y Administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo FONTUR”.

Vale la pena resaltar que la información registrada en este formato al ser de carácter financiero solo es conocida por el proponente razón por la cual el P.A. FONTUR no puede indicar la información que debe registrarse, no obstante, en la solicitud de documentos No. 2 se indicó “teniendo en cuenta que la información adjuntada debe ser acorde con la registrada en el formulario”. Por lo tanto, es responsabilidad del proponente dado su conocimiento de la operación financiera de la empresa y conforme los estados financieros, incorporar la información concordante de acuerdo con lo solicitado.

Así las cosas, el P.A FONTUR revisó la información presentada por el proponente con su propuesta y la solicitada como subsanable, encontrando que los documentos no se ajustaron a lo exigido en la Invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015 y por tanto no pasó la validación realizada por parte de la Oficina de Cumplimiento de FIDUCOLDEX S.A. vocera del P.A. FONTUR, se reitera que el proponente tiene la carga de verificar que la información presentada coincida con la consignada en el formato, por lo que en atención a los principios de economía y eficacia, el P.A. FONTUR debe dar cumplimiento a las etapas del proceso sin dilación y por tanto no puede seguir solicitando indefinidamente documentos que aclaren la información presentada por el proponente, así como tampoco aceptar documentos radicados fuera de los plazos establecidos en el cronograma, por cuanto se vulnerarían los principios de igualdad y legalidad del proceso.

Conforme lo expuesto, se evidencia que el proponente EJUCA S.A, tuvo la obligación de enviar la información o documentación solicitada, toda vez que la evaluación de su propuesta dependía del contenido y de los documentos aportados. En este sentido, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la documentación requerida y aportada en el curso de los procesos de contratación, así:

*“Así pues, durante esta fase el proponente debe aportar la información requerida en debida forma por la Entidad contratante en los pliegos de condiciones, en desarrollo del principio de planeación. Sólo en la medida en que dicha información hubiere sido requerida en los pliegos le podría ser exigible a los proponentes y, en caso de su incumplimiento, determinar consecuencias negativas en la calificación de sus propuestas, pues de lo contrario se desconocen los deberes de transparencia, lealtad y rectitud que impone el principio de la buena fe.”*⁵ (Resaltado fuera de texto)

Cabe precisar que frente a las reglas de las invitaciones adelantadas por el P.A. FONTUR, resulta adecuado traer a colación concepto emitido por el Subdirector de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente, dirigido a la Vicepresidencia Jurídica de FIDUCOLDEX S.A., vocera del Patrimonio autónomo FONTUR, en el cual se expresó:

“En consecuencia, la propuesta que se presenta como respuesta a una invitación abierta tiene el carácter de irrevocable⁶, lo cual implica que una vez comunicada por el proponente este no puede retractarse y asimismo que el proponente está vinculado por el contenido de la invitación abierta, en virtud de que la propuesta contempla los requisitos esenciales del negocio⁷ y se emite en los términos de tal invitación.”

“así las cosas, al presentar una propuesta en el marco de una invitación a presentar ofertas convocada por la administradora de los recursos de FONTUR, los oferentes aceptan las condiciones de la invitación y el procedimiento previsto para la selección.”

*“así, la conclusión es que si la invitación a presentar ofertas incluye una causal de rechazo de la oferta y alguna de las propuestas incurre en la causal correspondiente, es necesario rechazarla y excluirla del proceso de selección. (...)”*⁸

Se concluye entonces que el P.A. FONTUR en todo momento ha garantizado el debido proceso, a la calificación de todas las propuestas presentadas y que en el caso de la propuesta del proponente EJUCA S.A, su no habilitación obedece completamente a no haber subsanado en debida forma los documentos solicitados en el curso de la Invitación Abierta a presentar Propuestas No. 097 de 2015.

CONSORCIO SEGARQ 2016 OBSERVACIÓN:

⁵ Radicación número: 25000-23-31-000-1993-09448-01(16432), Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

⁶ Artículo 846 del Código de Comercio

⁷ Artículo 845 del Código de Comercio

⁸ Concepto de 1 de diciembre de 2015

Una vez revisado el informe de evaluación final publicado por la Entidad el pasado 4 de marzo de 2016, encontramos que la Entidad está rechazando la propuesta por nosotros presentada, debido a que : " ... se verificó que alteraron por encima las cantidades de los ítems 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.12, 4.3.4, 4.3.8, 5.1, 7.11, 7.1.3, 7.1.5, 7.1.6, 7.2.1, 8.4.1, 9.2 y 9.4 y por debajo los ítems 3.8, 3.13, 3.14, 3.15, 3.16, 3.18, 3.20, 3.22, 4.1, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.5, 7.1.2, 7.1.4, 7.2.2, 7.2.3, 7.2.4, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.5, 9.1 y 9.3.

Solicitamos a la entidad, que se verifiquen las cantidades de los ítems en el medio magnético (CD) que adjuntamos a la propuesta. Se puede así confirmar que en ningún momento se modificaron las cantidades en algún ítem del presupuesto, y que lo sucedido fue que al cerrar los decimales, la cifra pasa automáticamente a redondearse, pero las operaciones matemáticas, están correctas.

Por lo anterior, y habiendo verificado que no hay modificación en las cantidades, solicito no rechazar nuestra propuesta, para que pueda continuar dentro del proceso de evaluación.

RESPUESTA: De acuerdo con su observación, el evaluador técnico se permite informarle que su propuesta fue verificada rigurosamente de forma manual, confrontada y comparada contra el presupuesto oficial. Lo anterior, en razón a que no fue allegada propuesta económica en medio magnético adjunto a la propuesta. En todo caso validando la propuesta física que contiene y reporta la firma del proponente. De lo anterior fue posible verificar la alteración de los ítems relacionados en el informe, por lo que de acuerdo a lo establecido en los términos de la invitación la propuesta fue rechazada.

COMITÉ EVALUADOR