

RESPUESTA A PETICIÓN PRESENTADAS POR: MICROSITIOS S.A.S.

Por medio de la presente nos permitimos dar respuesta al escrito allegado mediante correo electrónico del 19 de noviembre de 2020 en su calidad de oferente del proceso IA044-2020. En los siguientes términos:

APELACION INFORME DE EVALUACION DEFINITIVO

Bogotá D.C. noviembre 19 de 2020

Señores

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Ciudad.

Referencia: Invitación Abreviada No. 044 de 2020, que tiene por objeto Contratar el servicio de diseño, desarrollo, migración, implementación e implantación del portal web de Servicios Postales Nacionales S.A (SPN).

El suscrito, **GERMAN MEDINA PÉREZ**, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de Representante legal, me permito en mi derecho a realizar la presente apelación sobre el informe de evaluación definitivo teniendo en cuenta que:

1. en el primer informe de evaluación nuestra propuesta fue requerida únicamente en el aspecto jurídico y financiero lo cual fue subsanado quedando habilitados por todo concepto como se muestra a continuación:

DESCRIPCIÓN	MICROSITIOS S.A.S Nit. 830.083.023-6		
	CUMPLE	NO CUMPLE	PÁGINA
a) Carta presentación de propuesta firmada por el representante legal.	X Subsanada		Documento denominado: "Oferta 4-72 consolidada-comprimida": Página: 3 al 4.

- El proponente MICROSITIOS S.A.S - Nit. 830.083.023-6, **CUMPLE JURÍDICAMENTE** con los requisitos de orden jurídico habilitantes solicitados en la Invitación Abreviada No. 044 de 2020.
- En la propuesta presentada por la empresa MICROSITIOS S.A.S. los Estados Financieros que se adjuntan no estaban preparados de forma comparativa, de conformidad con lo establecido en la Nota del literal a) del numeral 8.2 del Estudio Previo del presente proceso de contratación, esta situación fue informada mediante el documento de subsanaciones y observaciones. El 26 de octubre de 2020, mediante correo electrónico se adjuntaron los documentos requeridos, razón por la cual la propuesta **cumple** con la totalidad de los requisitos financieros habilitantes.

2. De acuerdo a informe técnico publicado nuestra propuesta cumple con lo requerido en cuanto a experiencia:

b. Experiencia General:

El proponente deberá presentar mínimo tres (3) y hasta cinco (5) certificaciones de contratos, ejecutados y liquidados en los últimos 5 años contados a partir de la fecha de la publicación, cuyo objeto guarde relación con el objeto del presente proceso y/o aquellas que sean afines y cuyo valor sea del 100% del presupuesto establecido, ya sea de manera individual o la sumatoria entre dichas certificaciones.

Nota: Las certificaciones deben evidenciar como mínimo:

- Nombre de la entidad o persona contratante que certifica
- Objeto del contrato debidamente especificado
- Número del contrato (en caso de contrato celebrado con entidad pública)
- Valor del contrato
- Fecha de inicio y terminación del contrato.
- Nombre, cargo y firma de la persona que certifica
- Fecha de la certificación (Debe ser posterior al vencimiento del plazo del contrato)

Pantallazo evaluación

Proveedor	Cumple	Folio
MICROSITIOS SAS	Si	MICROSITIOS SAS\OFERTA 472 CONSOLIDADA-COMPRIMIDO/FOLIO 83 AL 95

- d. El oferente deberá acreditar experiencia de por lo menos cinco (5) años en la implementación de sitios web desarrollados bajo el CMS ofertado.

- Certificaciones de contratos ejecutados.
- Link de páginas desarrolladas.

Pantallazo evaluación:

NOMBRE	CMS ofertado	LINK	CUMPLE
		https://www.esentia.co/ https://360ms.co/	
MICROSITIOS	CMS MICROSITIOS CONTENT MANAGER	https://www.convida.com.co/ https://www.ccoc.mil.co/ https://www.defensacivil.gov.co/ https://www.coper.mil.co/comando_personal/direcciones/difab https://www.bienestarpolicia.gov.co/ http://www.unicolmayor.edu.co/portal/	Si

3. El día de hoy sorprendentemente encontramos que según informe de evaluación definitiva y a pesar de que nuestra propuesta cumple con lo requerido ésta fue rechazada:

Micrositios SAS	FECHA DE INICIO	FECHA TERMINACIÓN	AÑOS	FOLIO	CONTRATO EJEC	OBSERVACIONES
Convida	8-ene-19	8-dic-19	0.93	102	Si	
Ministerio de defensa Nacional	13-oct-17	15-dic-17	0.18	104	Si	
Defensa Civil	15-dic-15	30-nov-18	3.00	105	Si	
Ministerio de defensa Nacional	28-abr-17	28-jul-17	0.25	108	Si	
Cremil	14-jun-16	20-dic-16	0.53	109	Si	

Micrositios SAS	No habilitado	De acuerdo con la causal de rechazo de la invitación abreviada 044-2020 Numeral 2.19 sub numeral 5 "Cuando la propuesta sea evaluada con NO CUMPLE en el factor jurídico y/o financiero y/o requisitos técnicos mínimos, una vez se haya agotado la etapa de subsanaciones y/o aclaraciones, conforme al cronograma del presente proceso".
-----------------	---------------	--

Micrositios SAS	FECHA DE INICIO	FECHA TERMINACIÓN	FECHA DE LIQUIDACIÓN	VLR. CONTRATO PESOS	RELACION CON EL OBJETO	CONTRATO EJEC Y LIQU.	OBSERVACIONES	INFORME DEFINITIVO
CONVIDA	8/1/2019	8/12/2019		- \$ 199,000,000.00	Si	No	La certificación no tiene acta de liquidación	Las certificaciones allegadas no indican de manera clara y expresa que el contrato haya sido liquidado, y el proponente no allegó las actas o certificados de liquidación por lo anterior dicha experiencia no fue tomada en cuenta.
COMANDO EN JEFE FUERZAS ARMADAS - COFAM	13/10/2017	15/12/2017		- \$ 120,000,000.00	Si	No	La certificación no tiene acta de liquidación	
DEFENSA CIVIL COLOMBIANA	15/12/2015	30/11/2018		- \$ 182,185,248.00	Si	No	La certificación no tiene acta de liquidación	
SEDE HABITACIONAL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA - DIFAB	28/4/2017	28/7/2017		- \$ 84,000,000.00	Si	No	La certificación no tiene acta de liquidación	
CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS ARMADAS - CREMIL	14/6/2016	20/12/2016		- \$ 119,712,000.00	Si	No	La certificación no tiene acta de liquidación	
NO CUMPLE								

14	MICROSITIOS S.A.S.	Rechazado	Rechazado	Rechazado	Rechazado	Rechazado
----	--------------------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------

4. Si bien el requerimiento de experiencia indicaba que la misma debía acreditarse con certificaciones de contratos, **ejecutados y liquidados**, en ningún momento fuimos requeridos para aportar las actas de liquidación correspondientes, lo cual tampoco estaba mencionado en el documento de estudios previos. Ni en la solicitud de subsanación 1, ni en la solicitud de subsanación 2 se nos solicitó aclarar dicha situación, por lo cual no es procedente que la entidad indique que la oferta de MICROSITIOS SAS incurrió en causal de rechazo "**Numeral 2.19 sub numeral 5 "Cuando la propuesta sea evaluada con NO CUMPLE en el factor jurídico y/o financiero y/o requisitos técnicos mínimos, una vez se haya agotado la etapa de subsanaciones y/o aclaraciones, conforme al cronograma del presente proceso"**" ya que es imposible subsanar cuando no hubo requerimiento alguno y además en el informe de evaluación publicado indicaba que nuestra oferta estaba habilitada por todo concepto.

CONCLUSIÓN

Acogiéndonos al **Principio de transparencia en la contratación estatal** la cual comprende aspectos tales como: i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) **la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas**; iii) **la garantía del derecho de contradicción**; iv) **la publicidad de las actuaciones de la Administración**; v) **la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierto (negrilla fuera de texto original)**; y al **Principio de responsabilidad** el cual se refiere a que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Así, **las entidades y los servidores públicos responden cuando**

hubieren abierto procesos contractuales sin haber elaborado previamente los estudios necesarios, los diseños, los planos y las evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa y obstaculicen lograr una contratación adecuada. (negrilla y subrayado fuera de texto original), solicitamos que el informe de evaluación definitivo sea revocado y se solicite (bajo el principio de Selección objetiva) que todos los oferentes subsanen las actas de liquidación de los contratos con los que se pretende acreditar la experiencia general de acuerdo a lo requerido por la entidad, lo anterior teniendo en cuenta que dicha documentación puede ser subsanable de acuerdo al ***parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 el cual establece que si tales no son necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las Entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación o en el caso de subasta, hasta antes de su inicio. (negrilla y subrayado fuera de texto original)***.

El Consejo de Estado mediante sentencia del 26 de febrero de 2014, bajo el radicado 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804) sostuvo que “con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás”.

En esta sentencia, la Corporación señaló a manera de ejemplo “que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje.”

Mediante sentencia del 12 de noviembre de 2014, Radicado No. 25000-23-26-000-199612809-01 (27.986), el Consejo de Estado precisó que a partir del Decreto 1082 de 2015, en cuanto a la subsanación de ofertas se refiere, tanto las Entidades como los oferentes deben ceñirse por la regla contemplada en el parágrafo primero del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 que consiste en que lo subsanable o no se determina dependiendo de si el requisito omitido asigna puntaje al oferente y, en consecuencia “si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfagan suficientemente”

Respuesta:

En primer lugar es imperativo precisarle al peticionario que el informe de evaluación publicado y sobre el cual recae la presente no tiene la condición de un acto administrativo susceptible de la interposición de recursos de sede gubernativa, valga decir reposición y/o apelación, toda vez que Servicios Postales Nacionales dada su naturaleza de empresa industrial y comercial del estado el régimen jurídico aplicable en relación con los actos y contratos que celebre se encuentra definido en el artículo 93 de Ley 489 de 1998 que dispuso lo siguiente:

ARTICULO 93. REGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. (...). (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así las cosas los actos emitidos en virtud del proceso de contratación IA-044-2020 son actos contractuales regidos en el marco de la normatividad propia del derecho privado.

Ahora bien es oportuno indicarle al peticionario que esta entidad comparte su aseveración en relación con que el requerimiento de la experiencia señalado en los términos de la invitación IA044-2020 indicaba que los contratos con los que se pretendía acreditar la experiencia debían estar **ejecutados y liquidados** requisito que de manera clara e inequívoca se estableció en el numeral 8.3 literal b en los siguiente términos “*El proponente deberá presentar mínimo tres (3) y hasta cinco (5) certificaciones de contratos, **ejecutados y liquidados** en los últimos 5 años contados a partir de la fecha de la publicación, cuyo objeto guarde relación con el objeto del presente proceso y/o aquellas que sean afines y cuyo valor sea del 100% del presupuesto establecido, ya sea de manera individual o la sumatoria entre dichas certificaciones*” (Negrilla fuera de texto). Ahora bien de igual manera esta situación fue

reiterada mediante el escrito de respuestas a observaciones de las cuales fue objeto la invitación abreviada IA044-2020, en los siguientes términos.

“(…)

En respuesta a observaciones presentadas por el interesado LINK DIGITAL con fecha 29 de septiembre de 2020

PREGUNTA N°3:

*En el Numeral 8.3 Requisitos Técnicos se establece (a. Experiencia General) que “el proponente deberá presentar mínimo tres (3) y hasta cinco (5) certificaciones de contratos, ejecutados en los últimos 5 años contados a partir de la fecha de la publicación”. A este respecto, **¿pueden adjuntarse certificaciones de contratos que se encuentren vigentes?***

RESPUESTA:

Se le aclara al observante que las certificaciones allegadas deben ser de contratos ejecutados y liquidados, lo anterior en pro de garantizar la selección objetiva e igualdad de condiciones para todos los oferentes.

“(…)

De igual manera vale señalar que este documento fue debidamente publicado para conocimiento de los interesados y el mismo vincula tanto a la entidad como al oferente máxime cuando en los términos de la invitación no adolecían de ambigüedades o contradicciones frente a la acreditación de dicho requisito; es por ello que tal y como lo ha manifestado el máximo órgano de lo contencioso administrativo al ser el pliego de condiciones ley para las partes, las mismas están obligadas a acatarlo sin que sea dable con posterioridad a la etapa de su modificación y luego de recibidas las ofertas, inaplicar las reglas en él contenidas pues las mismas son obligatorias para la administración que las adopta y para el particular que, presentando la oferta, se somete a ellas configurándose en un elemento vinculante para las partes, así: “(...) las propuestas que se formulen, **vincula en los estrictos y precisos términos en él contenidos**, de manera que la entidad **debe actuar en consonancia con los criterios de evaluación y la correspondiente forma de aplicarlos, pues de otro modo no se cumplirían ni garantizarían los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior.**” CONSEJO DE ESTADO Sentencia 20916 de 2011, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Ahora bien una vez determinado que los términos de la invitación carecen de ambigüedad, oscuridad, contradicción o vacíos en lo que respecta a la forma de acreditar y evaluar la experiencia, es pertinente traer a colación que al oferente le es demandable **la carga de diligencia en la configuración de su propuesta**, en virtud de la autonomía privada negocial que rige el normal curso de su actividad; es así como, la doctrina especializada ha determinado lo siguiente:

*La expresión ‘carga’ tiene normativamente varios significados diferentes: una modalidad del negocio jurídico, que le impone un gravamen o deber al destinatario de la prestación, como en el caso de la asignación testamentaria o de la donación con ‘cargas’ (arts. 1147 y 1461 S.C.C); una responsabilidad que pesa sobre el titular de un derecho real, en cuanto tal (carga real); la necesidad de realizar un acto de postulación o de probar el supuesto de hecho de la norma invocada, para obtener el correspondiente resultado procesal (art. 177 c. de p. c; cfr art. 167 C.G.P); **un deber de comportamiento que pesa sobre el sujeto en determinadas circunstancias** (p. ej., art. 863 c. co.)*

*Entendidas acá las cargas como aquellos deberes en los cuales la persona, habiendo escogido entre varios intereses suyos uno determinado, ha de hacer esfuerzos y sacrificios (actos necesarios) para alcanzarlo, en esta perspectiva, hablando de la autonomía privada y de su ejercicio, es preciso tener en cuenta los cuidados y miramientos que incumben a cada sujeto negocial, sí que también a quien aspira a serlo o ya no lo es. Así, la carga de la legalidad, la de lealtad y corrección, las cargas **de claridad, de previsión, de plenitud, de sagacidad, de advertencia. Su incumplimiento, o sea el no realizar el o los actos necesarios del caso, expone al sujeto***

a verse en condiciones adversas, al no poder disfrutar de la protección del derecho o no poder oponer el suyo a otras personas, o a ser calificado adversamente¹.

En este orden de ideas y tal y como lo afirma el peticionario, no hay duda alguna sobre la exigencia de acreditar su experiencia con certificaciones de contratos **ejecutados y liquidados**, manifestada en los términos de la invitación IA044-2020, sin embargo, la falta de diligencia, pericia, prudencia y/o observancia en la configuración de su propuesta, no puede ser trasladada a la entidad convocante y mucho menos podrá beneficiarse de ella, pues la situación planteada, se enmarca en el principio general del derecho **“NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS” (NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA)**, respecto del cual la H. Corte Constitucional ha afirmado en la Sentencia T-021 de 2007, lo siguiente: *“En efecto, si el accionante, por imprudencia, negligencia o voluntad propia ha permitido o facilitado que se ocurran determinados sucesos que de una forma u otra atentan contra sus derechos constitucionales fundamentales, no puede posteriormente aspirar a que el Estado, mediante la acción de tutela, proceda a reparar una situación cuya responsabilidad recae sobre el mismo interesado. Lo anterior es así, y de esta forma lo ha entendido la Corte², por la aplicación del principio general del derecho que dice que “nadie puede sacar provecho de su propia culpa”. Pretender lo contrario significaría que la culpa, la imprudencia o la negligencia serían objetos jurídicamente protegidos, lo cual resulta a todas luces absurdo y contrario a los fundamentos esenciales de un Estado de derecho³”*

Corolario a lo anterior queda absolutamente claro que, en los roles de las denominadas cargas de la autonomía privada, era obligación del oferente allegar los documentos y cumplir con los requisitos exigidos en los términos de la invitación, los cuales fueron dados a conocer en igualdad de condiciones a todos los interesados y con la debida antelación y publicidad requerida (publicados en la página web de la entidad y el SECOP II desde el 08 de octubre de 2020 hasta el 19 de octubre de 2020 fecha de cierre y recibo de propuestas), por lo que acceder a que las fallas en la presentación de su oferta, den lugar a exonerarlo de las consecuencias adversas, sería una situación contraria a derecho como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional ya citada.

Por otro la posibilidad que tienen los oferentes de subsanar las deficiencias de su oferta debe observar que la etapa de la evaluación y calificación de las propuestas es el momento pertinente para acreditar los requisitos exigidos, toda vez que nos encontramos en un proceso reglado donde las etapas son perentorias y en igualdad de condiciones y en cumplimiento de la carga de diligencia en la presentación de su oferta todos los participantes deben acreditarlas, pues los requisitos exigidos tal y como ya se indicó no adolecían de ambigüedad, contradicción y/o oscuridad. Es por ello que el Consejo de Estado^[1] ha dicho: *Perentorio, significa “Decisivo o concluyente”; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Y el “término perentorio”, significa “El improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante el no se ejerció”. Por su parte, preclusivo significa, según el diccionario, “Que causa o determina preclusión”; y a su vez, preclusión, es definido como “Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior posibilidad de replantear lo ya decidido en ella”. De acuerdo con las definiciones mencionadas.*

Por ello, LA EMPRESA fijó un cronograma de etapas y tiempos. Esta regla de los términos perentorios y preclusivos deviene del principio constitucional del debido proceso, aplicable a la contratación, así lo ha dicho el Consejo de Estado⁴

“Los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, rigen en los procedimientos administrativos – sancionatorio o no-, mandato este que constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y que en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo, cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más

¹ Función, Límites Y Cargas De La Autonomía Privada] Fernando Hinestrosa – Revista de derecho Privado, n.º 26, enero – junio de 2014 - Universidad Externado de Colombia

²Sentencia T-196 de 1995. Citado en: Sentencia T-021 del 25 de enero de 2007. M. P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

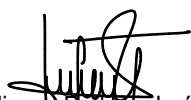
³ A la luz de la jurisprudencia constitucional, el principio general del derecho “nemo auditur propiam turpitudinem allegans” entra a hacer parte del ordenamiento jurídico colombiano, como se verá más adelante, partiendo de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano. Al respecto ver la Sentencia C-083 de 1995 cuando expresa: “Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “nemo auditur ...” que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación”. Citado en: Sentencia T-021 del 25 de enero de 2007. M. P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

⁴ Consejo De Estado, Sección Tercera, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, 29 De Agosto De 2007, Radicado 15324

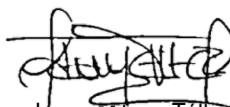
favorable; no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismo, etc, deberes todos estos que involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva.”

Cordialmente,

Comité Evaluador técnico y jurídico

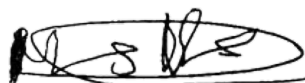


Jimmy Pedroza León
Profesional Dirección Nacional



Jenny Milena Téllez
Profesional Experto nivel II

Edgar Alexander Prieto Muñoz
Director Nacional de IT



Mauricio Arturo Vargas
Profesional Jurídico

VoBo. Andres Mejía Narvaez / Director de Contratación

