

Tunja, 27 de mayo del 2022

Señores

E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA

Dpto. Contratación

Ciudad

Referencia: Observaciones al Proceso de contratación directa No. 033 de 2022

Cordial saludo estimados Señores,

Para nosotros es un gusto participar en el proceso de referencia, con ocasión a la solicitud de oferta presentada por la entidad que ustedes representan; manifestándole de antemano nuestra total gratitud hacia el E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja.

Teniendo en cuenta las buenas relaciones comerciales que se han mantenido a la fecha entre el E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja y Osteocol S.A.S., me permito presentar una observación muy concreta con el fin de que se corrija un yerro jurídico y financiero en el que se está incurriendo, lo anterior para establecer un proceso contractual que responde a todos los principios de la contratación pública teniendo en consideración el régimen especial de la E.S.E.

En el acápite 2.2.2., relacionado con la "CAPACIDAD FINANCIERA", la E.S.E., solicita un índice de endeudamiento menor o igual al 50%, situación que no corresponde a la realidad de las empresas que se dedican al suministro de insumos médicos hospitalarios y más en el sector del suministro de material de osteosíntesis.

En ese sentido, ponemos en consideración de la E.S.E., reevaluar este punto, teniendo en cuenta los factores financieros y jurídicos que a continuación manifestamos.

En primer lugar, quiero poner de presente las normas que regulan la actividad contractual de la E.S.E., teniendo en cuenta numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 del 1993, Decreto 1876 de 1994, Ley 1150 de 2007 en lo relacionado con las cláusulas exorbitantes, Resolución 5185 del 2013, Acuerdo No. 002 del 2019 y las normas del derecho privado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso contractual objeto de observación corresponde al reglado en el artículo 13.4 numeral 1 literal c, correspondiente al proceso de contratación directa, y en tal virtud se nos invitó a presentar nuestra oferta.





Dentro de las condiciones exigidas para poder presentar la oferta, se incorporó el índice de endeudamiento objeto de observación, inferior al 50%.

teniendo en cuenta que las normas que regulan el proceso de selección establecidas en el Manual de contratación incorporan varias fases que son importantes poner de presente para manifestar las razones por las cuales la E.S.E., debe modificar el índice solicitado.

En primer lugar, no encontramos con la etapa precontractual la cual regula en esencia el principio de planeación contractual.

"Artículo 14. Planeación. *Corresponde a cada Oficina, Dependencia o Subgerencia realizar la programación de la contratación requerida para el cumplimiento de los fines misionales procesos de la E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja y la ejecución de los proyectos previstos en el plan de compras y componentes Plan de Desarrollo Institucional que tienen a su cargo.*

El proceso precontractual comienza con la elaboración del respectivo estudio previo que justifique necesidad de la contratación del bien o servicio, y demás documentos que sirvan de anexo o soporte, el cual deberá ser elaborado por la dependencia de donde surge la necesidad, atendiendo a la modalidad de selección, la naturaleza del contrato y su cuantía. Los estudios previos servirán de base para la elaboración de las invitaciones, las cuales tendrán las condiciones exigidas en los estudios previos; igualmente la aceptación de la oferta deberá estar en consonancia con la invitación y los estudios previos; documentos necesarios para la posterior elaboración del contrato.

El estudio previo deberá ser firmado por el Subgerente del Área quien aprueba la necesidad y el profesional que elabora y justifica la necesidad de contratar. De igual forma, el estudio deberá ser revisado por las Oficinas de planeación, presupuesto y Asesora jurídica el fin de verificar que cumpla con los requisitos exigidos en el presente reglamento. Esta fase comprende, entre otras, las siguientes actividades"

En dicha fase no se contempla por ningún lado la exigencia de una situación financiera mínima que deba cumplir el oferente, tampoco regula la forma de hacer el análisis financiero del sector a efectos de manifestarlo como requisito habilitante y tampoco se evidencia dicha situación en el artículo 18 que regula el proceso de contratación directa.

"Artículo 18º. Contratación Directa. *Para esta modalidad solamente se requerirá el estudio previo con sus anexos, certificado de disponibilidad presupuesta, solicitud de presentación de propuesta y la propuesta del futuro contratista que cumpla con los requisitos exigidos en la solicitud de propuesta según sea el caso. Para tales efectos, corresponderá al Área, Dependencia o Subgerencia de donde surja la necesidad, radicar el estudio previo con los respectivos anexos en la Oficina Jurídica, y ésta deberá elaborar la solicitud de presentación de propuesta; una vez presentada la propuesta por el futuro contratista, la Oficina Asesora Jurídica elaborará la minuta contractual."*

En ese sentido nos encontramos ante un vacío normativo que inferimos fue objeto de aplicación del principio de analogía regulado en la legislación Colombiana con la *analogía legis* la cual



supone la aplicación de una norma jurídica que no esté expresamente regulada al caso concreto pero que contenga el supuesto de hecho para poder aplicarla.

En ese sentido acudimos al estatuto general de la contratación pública, en el que se regula en varias normas como la ley 1150 del 2007, lo referente al estudio del sector para poder incorporar los requisitos habilitantes relacionados con la situación financiera del oferente.

En ese sentido, el requisito de la capacidad financiera regulado *in extenso* en el estatuto general de la contratación pública, supone el fortalecimiento al ejercicio contractual, seleccionando al contratista con la capacidad económica requerida para ejecutar el contrato. No obstante, el desconocimiento de valoración de los indicadores financieros que realizan las entidades públicas, conlleva la descalificación de propuestas contractuales.

Sin embargo, esta determinación y exigencia que realizan las entidades públicas debe acompañarse con las normas que regulan la etapa precontractual de planeación que se concretan en el estudio previo, dentro del cual, se analiza entre otras cosas, el estudio de mercado y la situación financiera del sector, para poder determinar unos requisitos de capacidad financiera técnicos de manera objetiva y no caprichosos, que lleven a descalificar desde el inicio a un oferente interesado en presentar su propuesta.

Es así, como se debe garantizar la participación material de los oferentes interesados en suscribir un contrato estatal con la entidad pública que inicie un proceso contractual, y dicha situación se manifiesta en los estudios previos al contener cualidades administrativas y financieras que deben poseer los participantes, requisitos que establecen parámetros de eliminación o clasificación, según el caso y de esa manera debe hacerse con estudios serios que puedan corresponder al cumplimiento del objeto contractual.

Si la restricción que se pueda manifestar en las condiciones precontractuales con la habilitación de una propuesta, no contiene una justificación y estudio técnico y financiero del sector, que corresponda a la realidad económica y del mercado, de por sí raya de entrada con el principio de objetividad y libre concurrencia de los interesados en presentar su propuesta; de tal suerte que limitar la participación de un oferente al solicitar una capacidad financiera determinada, debe corresponder de manera objetiva a un estudio del sector.

Además, es claro que la ley no exige establecer requisitos habilitantes en la modalidad de selección de contratación directa pues la Entidad Estatal escoge directamente a la persona natural o jurídica que debe ejecutar el objeto del Proceso de Contratación. Lo anterior sin perjuicio del deber de la Entidad Estatal de revisar la idoneidad del contratista y verificar su capacidad jurídica para obligarse y cumplir con el objeto del contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, la E.S.E., no está obligada a solicitar una capacidad financiera en los procesos de contratación directa, y de hacerlo, debe garantizar que dicha solicitud contenga unos fundamentos y estudios que lo sustenten.

El claro también que la E.S.E., debe establecer los requisitos habilitantes de forma adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato. Es decir, los requisitos habilitantes exigidos deben guardar proporción con el objeto del contrato, su valor, complejidad, plazo, forma de pago y el Riesgo asociado al Proceso de Contratación.



La E.S.E., debe evitar imponer cláusulas financieras exorbitantes. Entonces cada condición financiera dispuesta en la solicitud de ofertar debe guardar concordancia con el mercado, conocimiento que debe poseer la E.S.E., o ante su desconocimiento, determinar con base en la realización de estudios de mercado unos indicadores adecuados para el proceso de contratación objeto del presente escrito.

Trayendo a colación las normas que regulan la etapa precontractual de los procesos contractuales y llenando el vacío normativo que en renglones anteriores se puso de manifiesto, nos encontramos con el Decreto 1510 de 2013 (compilado en el Decreto 1082 del 2015), artículo 15 que estipula:

"La Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso."
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Es claro entonces, como ese análisis debe hacerse para cada proceso contractual y no de manera general para todos los procesos contractuales, mucho menos establecer unos índices financieros preestablecidos indistintamente, sin responder al objeto propio del contrato.

En relación con los indicadores financieros, el artículo 10, numeral 3 del Decreto 1510 de 2013 (compilado en el Decreto 1082 del 2015), dicta lo siguiente:

"a) Índice de liquidez: activo corriente dividido por el pasivo corriente; b) Índice de endeudamiento: pasivo total dividido por el activo total; c) Razón de cobertura de intereses: utilidad operacional dividida por los gastos de intereses."

Ahora bien, en relación con el índice de endeudamiento, debe manifestarse que el mismo supone que una empresa debe apalancarse con deuda para poder cumplir con su objeto social, y poder ser participativo en el mercado, de tal suerte que debe fortalecer el faltante de los recursos financieros mediante préstamos para poder cumplir con las obligaciones contraídas y ser competitivo en el mercado.

Entonces la exigencia del requisito de capacidad financiera mediante el índice de endeudamiento debe acompasarse con el proceso contractual correspondiente al proceso de contratación directa No. 033 de 2022 del E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja.

Solicitamos al E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja, revisar nuevamente el análisis financiero que hicieron para el presente contrato y de esa manera lograr satisfacer el interés general con la consecución de un proceso contractual que responde a criterios objetivos, de libre competencia y eficiente para lograr los fines propios de la E.S.E., los cuales van encaminados a prestar servicios de salud de manera oportuna y con calidad.

Por lo anterior sugerimos que se guíen con el manual dispuesto por Colombia Compra Eficiente, para la determinación y verificación de los requisitos habilitantes, en el que incorpora un ejemplo



muy disiente para determinar la capacidad financiera de un oferente aplicado al proceso contractual correspondiente.

“Colombia Compra Eficiente recomienda a la Entidad Estatal analizar los datos contenidos en la muestra mediante herramientas gráficas y estadísticas. Graficar los datos permite ver su comportamiento general e identificar sus características principales. Después, es importante calcular medidas estadísticas básicas para entender el comportamiento del indicador en el sector económico analizado. La Guía para la Elaboración de Estudios de Sector (<http://www.colombiacompra.gov.co/manuales>) contiene metodologías sugeridas para realizar estos análisis gráficos y estadísticos.

Para tener una idea del comportamiento del índice de endeudamiento de la muestra del sector, la Entidad Estatal procede a construir el gráfico tallo-hoja para ver la concentración de los datos:

- 1. Definición del tallo y hoja: Para este ejemplo, el tallo corresponde al primer dígito del índice de endeudamiento. La hoja corresponde al segundo dígito del número.*
- 2. Orden de los valores: Los tallos deben ser ordenados verticalmente en orden creciente y se enumeran las hojas correspondientes a cada tallo en sentido horizontal de menor a mayor.”*

Ejemplo:

La Entidad Estatal cuenta con información financiera de 15 potenciales oferentes. La siguiente tabla presenta el índice de endeudamiento de cada uno de ellos:

Índice de endeudamiento (%)

68
55
47
50
92
56
60
49
29
26
80
53
98
52
61

“El gráfico anterior permite observar la concentración de los datos delimitando los valores más y menos frecuentes. Los menos frecuentes son los ubicados en los extremos del



gráfico y corresponden a aquellos proveedores que tienen un bajo o alto índice de endeudamiento (20%-29% y 90%-99%). Los más frecuentes se evidencian en el pico del gráfico y corresponden a los proveedores que tienen un índice de endeudamiento entre el 50% y 59%."

Teniendo en cuenta que los índices objeto de comparación son (68, 55, 47, 50, 92, 56, 60, 49, 29, 26, 80, 53, 98, 52, 61)

Entonces la E.S.E., luego de establecer los rangos de la capacidad financiera (índice de endeudamiento), debe encontrar el rango donde mayormente oscilan los datos repetitivos y así determinar el comportamiento del sector y adecuar el índice correspondiente.

Y de esa manera lo manifiestan los expertos de Colombia Compra Eficiente. Volviendo al ejemplo anterior:

"El anterior gráfico permite concluir que la mayoría de los posibles oferentes tienen un índice de endeudamiento entre el 40% y 60%. Adicionalmente, hay posibles oferentes con índices de endeudamiento altos y bajos tanto en el extremo superior como en el extremo inferior."

En tal sentido para ser más participativos apelando al principio de libre concurrencia, concluye Colombia Compra Eficiente que la entidad pública en el caso del ejemplo, encuentra que el índice de endeudamiento adecuado es de 70% teniendo en cuenta que (i) 67% es el límite superior de la media podada más la desviación estándar, y (ii) la muestra por su tamaño no representa la población total de proveedores. Y recordamos nuevamente que la conclusión de dicho análisis se obtuvo de los índices financieros de endeudamiento de 15 empresas (68, 55, 47, 50, 92, 56, 60, 49, 29, 26, 80, 53, 98, 52, 61).

Y además de la anterior conclusión manifiesta:

"No obstante, si en el análisis de la naturaleza del contrato, la Entidad Estatal determina que el índice de endeudamiento no es un factor que incide significativamente en el cumplimiento oportuno de las obligaciones derivadas del contrato, puede flexibilizar aún más el índice de endeudamiento, es decir fijar un límite mayor. Por ejemplo, la Entidad Estatal puede sumar nuevamente la desviación estándar y en este caso podría establecer un índice de endeudamiento dos desviaciones estándar por encima de la media podada establecida, es decir de aproximadamente 80%. Por otro lado, si la muestra corresponde a una buena aproximación del comportamiento del sector, puede escoger el índice de endeudamiento máximo dentro de la muestra en estudio." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Es decir que, con base en el estudio del sector del ejemplo anterior, la E.S.E., podría incluso establecer como índice de endeudamiento inferior al 90%, teniendo en cuenta no solo el sector sino también otros factores ligados al cumplimiento del contrato.

Para finalizar, la E.S.E., dentro de la auto-tutela administrativa como principio rector de la función administrativa, está totalmente facultada para reevaluar el índice de endeudamiento teniendo en





cuenta las consideraciones que se han puesto de presente a lo largo del presente escrito, puesto que de no hacerlo estaría restringiendo la participación de la empresa Osteocol S.A.S., que cuenta con la solidez financiera suficiente para ejecutar el contrato.

NIT. 900.303.413-4

Al respecto, es pertinente recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-713/09, señaló que:

"La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atenúan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. (...)"

Por su parte, el Consejo de Estado (Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección C Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011). Radicación: 63001-23-31- 000-1998-00752-01), en concordancia con lo anterior, señaló que:

"El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.

(...)

Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estarla mejor oferta."

En conclusión, la E.S.E., cuenta con los fundamentos jurídicos y técnico-financieros para reevaluar el índice financiero de endeudamiento, ya que el incorporado en la "solicitud de oferta", es en demasía exagerado para el sector objeto de estudio (suministros de insumos médicos – material de osteosíntesis) y por lo tanto limitativo al acceso al proceso de referencia.





Dentro del análisis del mercado, ponemos en consideración de la E.S.E., una muestra de varias empresas del sector, las cuales cuentan con la siguiente información en el índice de endeudamiento, para que se tenga en cuenta en el análisis que la E.S.E., realice para el presente proceso contractual.

NIT. 900.303.413-4

1. AMAREY NOVA MEDICALS.A 71.26%
2. HOSPIMPORT S.A.S 64.66%
3. ALEMKO MEDICAL S.A.S 60.55%
4. MEDCORE S.A.S.68.72%
5. LEPINE COLOMBIA 110.05%
6. OSEOMED S.A.S 64.04%
7. PROMED QUIRURGICOS 69.46%
8. BIOART S.A 66.98%
9. TINKEN S.A.S 60.47%
10. REM EQUIPOS INGENIERÍA BIOMÉDICA S.A.S. 72%
11. QUIRUMEDICAS LTDA con 61%
12. JHONSON & JHONSON DE COLOMBIA S.A.S 53.41%
13. LIFE SUMINISTROS MEDICOS S.A.S. con el 68%
14. DISTRIBUIDORA SICMAFARMA S.A.S. con el 62%

Solicitamos que se modifique el índice de endeudamiento, inferior al 70%, teniendo en cuenta todas las consideraciones que a lo largo del presente escrito se manifestaron, con las cuales es claro que la E.S.E., puede y debe realizar dicha modificación.

Esperamos que se tenga en cuenta la presente observación, con el fin de garantizar un proceso contractual que corresponda a todos los principios contractuales, que como de costumbre el E.S.E. Hospital Universitario San Rafael de Tunja, realiza con la debida diligencia.

Quedamos atentos a su respuesta.

Cordialmente,

MARGARITA RAMIREZ GIRALDO
Representante Legal
Osteocol S.A.S.



OBSERVACIONES CONVOCATORIA PUBLICA No 033-2022

Miguel Angel Ariza <licitaciones1@ddb.com.co>

Vie 27/05/2022 13:30

Para: contratacion husrt <contratacion@hospitalsanrafaeltunja.gov.co>

CC: Juan David Ruiz <licitaciones2@ddb.com.co>; Jhon F. Gomez <jhon@ddb.com.co>

Buenos días

Señores:

HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA

De acuerdo al cronograma, me permito presentar la siguiente observación:

1- observación:

DMGR281	CIRCUITO DESECHABLE DE VENTILACIÓN ADULTO ALMA LISA ESTERIL X 150 CM
---------	---

Solicitamos a la entidad aceptar que el circuito sea NO esteril, ya que de acuerdo al procedimiento en el cual se utiliza el producto, no es necesario que sea Esteril.

2- Solicitamos a la entidad aceptar poder presentar oferta parcial como mínimo el 40% del total de los ítems requeridos, esto para pluralidad de oferentes.

3- Solicitamos a la entidad aceptar que la garantía de seriedad de la oferta sea por el 10% del valor total ofertado y no por el presupuesto oficial.

Quedo atento a su amable respuesta,

Cordialmente,

--

Bogotá D.C., 27 de mayo de 2022

Señores:

HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA E.S.E

Tunja

**Asunto: OBSERVACIONES A LOS TERMINOS DE REFERENCIA PRELIMINARES
CONVOCATORIA PÚBLICA No 033 DE 2022-OBJETO: SUMINISTRO DE
DISPOSITIVOS MEDICOS PARA LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS EN LA E.S.E
HOSPITAL UNIVERIATRIO SAN RAFAEL DE TUNJA**

LABORATORIOS GOTHAPLAST OBSERVA:

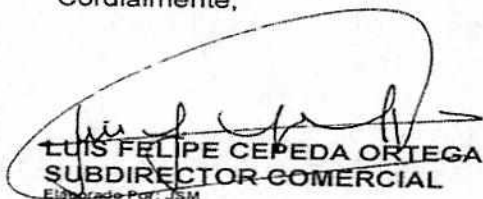
2.2.4. CAPACIDAD FINANCIERA

El proponente deberá cumplir con los indicadores, los cuales serán verificados en el registro único de proponentes debidamente actualizado y en firme a 31 de diciembre 2021.

Solicitamos en este numeral del pliego de condiciones, se permita presentar el registro único de proponentes que se encuentra en firme a 31 de diciembre de 2020, dado que en este momento la empresa se encuentra realizando aclaraciones requeridas por la cámara de comercio para la renovación del año 2021.

Atentamente,

Cordialmente,


LUIS FELIPE CEPEDA ORTEGA
SUBDIRECTOR COMERCIAL
Elaborado Por: JSM





Tunja, 20 de mayo de 2022

Señores

E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA

Ciudad

REFERENCIA: OBSERVACIONES A LOS TERMINOS DEFINITIVOS AL REQUERIMIENTO No 16 DE 2022

OBJETO: "SUMINISTRO DE ROPA HOSPITALARIA DESECHABLE Y GENERAL PARA ABASTECIMIENTO DEL SERVICIO FARMACEUTICO PARA LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA"

Respetados Señores,

Nos permitimos realizar las siguientes OBSERVACIONES a los términos definitivos así:

1 OBSERVACION: "Numeral 1.4 CONDICIONES TECNICAS EL OBJETO DEL CONTRATO"

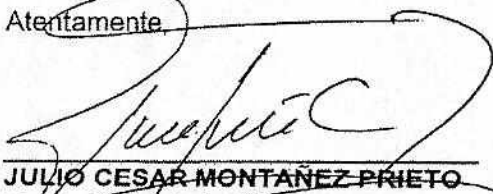
Solicitamos respetuosamente a la Entidad sea modificado el gramaje a 30 Gr a los siguientes productos:

CODIGO	DESCRIPCION	CANTIDAD ESTIMADA
MSRQD01	BATA PACIENTE MANGA CORTA NO TEJIDA 35 G ANTIFLUIDOS DESECHABLE	15.000
MSRQD37	BATA PACIENTE MANGA LARGA EN ANTIFLUIDO	700
MSRQD02	BATA PACIENTE MANGA LARGA NO TEJIDA 35 G ANTIFLUIDOS DESECHABLE	40.000

Lo anterior en razón a que la línea de Ropa Hospitalaria (antifluído desechable) se encuentra disponible hasta 30 gramos, es decir, en caso de ser mayor a esta unidad de gramaje no se trataría de ropa desechable por lo cual su costo aumentaría considerablemente.

Agradecemos la atención prestada.

Atentamente


JULIO CESAR MONTANEZ PRIETO
Representante Legal
COMPANY MEDIOBOY OC SAS

