RESPUESTA A DBSERVACIONES EVALUACIÓN CONVOCATORIA PÚBLICA No. 006 DE 2023

PRIMERA OBSERVACION 1: *La Fundación Granito de Mostaza, No se encuentra de conformidad con la evaluación realizada por la ESE Hospital Universitario San Rafael De Tunja, sobre la capacidad técnica del único proponente, específicamente sobre la verificación de la experiencia especifica de los proponentes, toda vez que el evaluador incorporó en la evaluación preliminar reglas que no estaban previstas en el pliego de condiciones, lo que por supuesto altera o rompe el principio de intangibilidad de los pliegos de condiciones, es decir, que después de hecha la invitación y presentadas las propuestas los términos de referencia no podrán ser alterados modificados.*

Los términos de referencia establecieron que la experiencia especifica de los proponentes debería acreditarse de la siguiente forma:

EXPERIENCIA ESPECIFICA

Acreditar un (01) contrato celebrado, ejecutado y liquidado en los últimos cuatro (04) años contados hasta la fecha de cierre del proceso, por el valor mínimo del presupuesto oficial del presente proceso expresado en SMMLV del presente año (1993 SMMLV), debe ser diferente al aportado en la experiencia general, contratados con entidades públicas o privadas de tercer nivel o superior de complejidad y cuyo objeto haya sido el suministro de alimentación hospitalaria.

El contrato debe estar inscrito en el RUP y debe incluir la totalidad de los siguientes códigos UNSPSC:

SEGMENTO	FAMILIA	CLASE	PRODUCTOS	DESCRIPCIÓN
50	19	27	00	Platos combinados empaquetados
78	13	18	00	Bodegaje y almacenamiento especializado
80	14	17	00	Distribución
85	15	15	00	Tecnología de alimentos
85	15	16	00	Asuntos nutricionales
85	15	17	00	Planeación y ayuda de política de Alimentos
90	10	15	00	Establecimientos para comer y beber
90	10	16	00	Servicios de banquetes y catering
90	10	18	00	Servicios de comida para llevar y a domicilio
93	13	16	00	Planeación y programas de políticas de alimentación y nutrición

Para la verificación de la experiencia del RUP es necesario aportar: certificación expedida por funcionario autorizado por la entidad y/o copia de Contrato con sus adiciones y modificaciones y/o acta de liquidación donde se indique: Entidad contratante, Contratista, (% de participación y miembros del Consorcio o Unión Temporal), objeto, plazo y valor ejecutado. En caso de figuras plurales (consorcio o uniones temporales) la experiencia general podrá ser aportada por cualquiera de sus integrantes.

Nota: en caso de que la experiencia presentada (general o especifica) corresponda a entidades privadas se deberá anexar: copia de las facturas de venta de los servicios, certificaciones de retenciones realizadas por la entidad contratante y los pagos de las declaraciones tributarias donde se incluyan las facturas presentadas.

Como puede notarse, la experiencia especifica de los proponentes sería evaluada de conformidad con el pliego de condiciones, el cual establece que el contrato debe estar inscrito en el Registro Único de Proponentes - RUP, de donde es fácil concluir que el único documento legalmente valido permite establecer el valor del contrato presentado para acreditar la experiencia especifica es el RUP, en donde dicho contrato tiene un valor de 2006,84 SMLMV.

No puede el comité evaluador de la ESE Hospital Universitario San Rafael De Tunja, convertir el valor de un contrato liquidado en el año 2021, a salarios mínimos legales vigentes del años 2023, porque con tal conducta violaría flagrantemente lo establecido en el numeral 4.2.2.2 de la Circular Externa No. 02 de 2016, de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual modificó el Título VII1 de la Circular Única, y en el numeral 4.2.2, señaló respecto de la verificación de la experiencia de los proponentes por parte de las Cámaras de Comercio, de la siguiente forma:
"

(...)
4.2.2. Función de verificación de las Cámaras de Comercio: Para adelantar la función de verificación de los requisitos habilitantes del proponente, deberán tener en cuenta lo siguiente:

(...)
4.2.2.2. Experiencia. Los proponentes deberán acreditar su experiencia en la provisión de bienes, obras o servicios, mediante certificados de los contratos ejecutados directamente o a través de consorcios, uniones temporales y sociedades, en las cuales el proponente tenga o haya tenido participación o, copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado.

Para ello, el proponente podrá acreditar su experiencia presentando cualquiera de los siguientes documentos:

- Certificación expedida por el tercero que recibió el bien, obra o servicio en donde conste que el contrato se encuentra ejecutado; la identificación de las partes (contratante y contratista); el valor del contrato expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) a la fecha de terminación del contrato; los bienes, obras o servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende
acreditar, así como los códigos de clasificación con los cuales se identifican, para lo cual hará uso del clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel; y, la fecha de terminación.

En el evento que en la certificación no se indiquen los códigos de clasificación relacionados con los bienes, obras o servicios ejecutados, o que el valor del contrato no esté expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), el representante legal o el proponente persona natural según el caso, deberá acompañar certificación en la que indiquen dichas clasificaciones, y la conversión a SMMLV, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad de juramento; La certificación debe contener la información necesaria del contrato que el interesado desea acreditar como experiencia y, provenir del tercero que recibió el servicio.

- Acta de liquidación del contrato suscrita por el tercero contratante acompañada de una declaración expedida por el proponente, que se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, en la que certifique que le consta que la información del acta de liquidación está en firme, o,- Copia del contrato ejecutado suscrito por las partes en el que conste la información antes señalada, junto con la declaración escrita suscrita por el proponente persona natural o el representante legal de la persona jurídica donde conste el valor del contrato a la fecha de terminación, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV); los bienes, obras o servicios ejecutados, así como los códigos de clasificación con los cuales se identifican, para lo cual hará uso del clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel.

Los contratos de tracto sucesivo se considerarán ejecutados en la porción efectivamente cumplida. Para proceder al registro de la experiencia de un contrato de tracto sucesivo en curso, es necesario

que el tercero que recibió los bienes, obras o servicios relacionados certifique expresamente la cuantía y objeto del contrato efectivamente ejecutados.

- Órdenes de compra, órdenes de servicio y aceptación de ofertas irrevocables, expedidas por el tercero contratante que recibió los bienes, obras o servicios en los que se identifique el valor, objeto, fecha de terminación y las partes contratantes.
Las personas jurídicas con menos de tres (3) años de constituidas, podrán acreditar su experiencia con base en la experiencia directa de sus socios o accionistas, asociados o constituyentes.

Las Cámaras de Comercio, al hacer el cotejo documental de la experiencia, están en la obligación de verificar la información que reposa en los registros a su cargo y si hay inconsistencias entre los documentos presentados en el RUP y la información que reposa en sus registros, debe abstenerse de hacer el registro. Ejemplo: las Cámaras de Comercio verificarán que el nombre y NIT del contratante, entre otros,

corresponda con la información que obra en los registros a su cargo." (subrayado y resaltado fuera de texto)

En total desconocimiento de la norma, el ESE hospital San Rafael De Tunja, en la evaluación se considera que el valor el contrato 275 de 2021, debe convertirse en salarios mínimos del año 2023, cuando la circular Externa No. 02 de 2016, de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual modificó el Título VIII de la Circular Única, establece con diáfana claridad que: "el valor del contrato expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) a la fecha de terminación del contrato".

Si los términos de referencia hubieran sido claros y diáfanos en señalar que para considerar la experiencia específica, el valor del contrato aportado independiente de la fecha de su terminación, seria convertido a salarios mínimos del año 2023, tal actuación del evaluador sería válida, pero como ello no se dijo en los términos de referencia, por tal razón debe dársele aplicación estricta al numeral 4.2.2.2 de la Circular Externa No. 02 de 2016, de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual modificó el Título VIII de la Circular Única, y en el numeral 4.2.2, señaló respecto de la verificación de la experiencia de los proponentes por parte de las Cámaras de Comercio, en caso contrario la actuación desplegada por el comité
evaluador resultaría ser violatoria de la ley, en consecuencia acreedores a las responsabilidades de carácter penal, disciplinario y fiscal que determina la ley 1474 de 2011, también llamado "Estatuto Anticorrupción".
Con base en lo anteriormente expuesto, solicitamos declarar habilitada la propuesta presentada por la FUNDACION GRANITO DE MOSTAZA, Sigla: FGM, Nit: 826003699-8.

***SEGUNDA OBSERVACION:** La Contratación Pública en Colombia es el principal instrumento jurídico de que se vale la Administración para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, para el caso, mediante la colaboración de los particulares.*

Sin desconocer que la ESE, Hospital San Rafael de Tunja, se rige por su manual de contratación, también es cierto que, tratándose de la contratación estatal, por ser una actividad esencialmente reglada, es su obligación brindar seguridad jurídica, asociada a la correcta aplicación de la normatividad en la materia, y en consecuencia, a la reducción de los riesgos de daño antijurídico, así como de responsabilidades personales derivadas.

En este contexto, la ESE, Hospital San Rafael de Tunja, se encuentra obligado a dar pleno cumplimiento a los principios que rigen la función pública, permitiendo desarrollar la actividad contractual dentro de los parámetros de transparencia, economía, responsabilidad, eficacia y eficiencia, que deben precederla. Su aplicación, cumplimiento y observancia en todos los procesos contractuales que adelante esa Entidad es de carácter obligatorio.
Tampoco podemos desconocer que el Manual de contratación de la Ese, desarrolla otras formas de contratación que si bien no corresponden estrictamente a Compra Pública bajo los parámetros de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; estas normas constituyen instrumentos efectivos para alcanzar los fines y funciones que la Ley le asigna en materia contractual.

En caso tal de que la ESE Hospital san Rafael de Tunja se ratifique en su decisión de no habilitar técnicamente al único proponente, estaríamos frente a una violación al debido proceso por vulneración al principio de "INALTERABILIDAD O INTANGIBILIDAD DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES, COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO CONTRACTUAL"

La ESE Hospital san Rafael de Tunja, convocó a los interesados en participar en el proceso convocatoria pública No 006 de 2023, la cual tiene por objeto:

"SUMINISTRO DE DIETAS NUTRICIONALES PARA LOS PACIENTES DE LAS UNIDADES DE URGENCIAS Y HOSPITALIZACIÓN; Y LA ALIMENTACIÓN PARA EL PERSONAL MEDICO INTERNO Y AUTORIZADOS DE LA E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA" a la cual únicamente la Fundación Granito de Mostaza, presentó propuesta al proceso de selección.

A la Fundación, bajo el argumento de que no cumple con la capacidad técnica requerida en los términos de referencia que fueron publicados dentro del proceso de selección que nos ocupa, le están rechazando su propuesta, con base en lo siguiente:

EXPERIENCIA ESPECIFICA Acreditar un (01) contrato celebrado, ejecutado y liquidado en los últimos cuatro (04) años contados hasta la fecha de cierre del proceso, por el valor mínimo del presupuesto oficial del presente proceso expresado en SMMLV del presente año (1993 SMMLV), debe ser diferente al aportado en la experiencia general, contratados con entidades públicas o privadas de tercer nivel o superior de complejidad y cuyo objeto haya sido el suministro de alimentación hospitalaria.	**Contrato 1:** 275 DE 2021 **Entidad:** HUSRT **Objeto:** SUMINISTRO DE DIETAS NUTRICIONALES PARA LOS PACIENTES DE LAS UNIDADES DE URGENCIAS Y HOSPITALIZACI	VERIFICACION EN MEDIO DOCUMENTO PDF EXPERIENCIA ESPECIFICA (1-33)	NO CUMPLE

<table>
<tr>
<td>El contrato debe estar inscrito en el RUP y debe incluir la totalidad de los siguientes códigos UNSPSC:

<table>
<tr><th>SEGMENTO</th><th>FAMILIA</th><th>CLASE</th><th>PRODUCTOS</th><th>DESCRIPCIÓN</th></tr>
<tr><td>50</td><td>19</td><td>27</td><td>00</td><td>Platos combinados empaquetados</td></tr>
<tr><td>78</td><td>13</td><td>18</td><td>00</td><td>Bodegaje y almacenamiento especializado</td></tr>
<tr><td>80</td><td>14</td><td>17</td><td>00</td><td>Distribución</td></tr>
<tr><td>85</td><td>15</td><td>15</td><td>00</td><td>Tecnología de alimentos</td></tr>
<tr><td>85</td><td>15</td><td>16</td><td>00</td><td>Asuntos nutricionales</td></tr>
<tr><td>85</td><td>15</td><td>17</td><td>00</td><td>Planeación y ayuda de política de Alimentos</td></tr>
<tr><td>90</td><td>10</td><td>15</td><td>00</td><td>Establecimientos para comer y beber</td></tr>
<tr><td>90</td><td>10</td><td>16</td><td>00</td><td>Servicios de banquetes y catering</td></tr>
<tr><td>90</td><td>18</td><td>18</td><td>00</td><td>Servicios de comida para llevar y a domicilio</td></tr>
<tr><td>93</td><td>13</td><td>16</td><td>00</td><td>Planeación y programas de políticas de alimentación y nutrición</td></tr>
</table>

Para la verificación de la experiencia del RUP es necesario aportar: certificación expedida por funcionario autorizado por la entidad y/o copia de Contrato con sus adiciones y modificaciones y/o acta de liquidación donde se indique: Entidad Contratante, Contratista, (% de participación y miembros del Consorcio o Unión Temporal), objeto, plazo y valor ejecutado. En caso de figuras plurales (consorcio o uniones temporales) la experiencia general podrá ser aportada por cualquiera de sus integrantes.

Nota: en caso de que la experiencia presentada (general o específica) corresponda a entidades privadas se deberá anexar: copia de las facturas de venta de los servicios, certificaciones de retenciones realizadas por la entidad contratante y los pagos de las declaraciones tributarias donde se incluyen las facturas presentadas.</td>
<td>ÓN; Y LA ALIMENTACIÓN PARA EL PERSONAL MEDICO INTERNO Y AUTORIZADOS DE LA E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL DE TUNJA.
Valor: $2.078.819.220
SMMLV: 2.006,84

Se verifican en el RUP los códigos UNSPSC

El contrato que se anexó no cumple con el valor solicitado en el ítem.</td>
<td>VERIFICACION EN MEDIO DOCUMENTO PDF RUP (178-186)</td>
<td>NO CUMPLE</td>
</tr>
</table>

Como puede notarse, la ESE en el informe de evaluación preliminar establece que el "contrato que se anexó no cumple con el valor solicitado en el ítem" al considerar que el valor el contrato 275 de 2021, debe convertirse en salarios mínimos vigentes para el año 2023, cuando la circular Extema No. 02 de 2016, de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual modificó el Título VIII de la Circular Única, establece con diáfana claridad que: "el valor del contrato expresado en salarios mínimos
mensuales legales vigentes (SMMLV) a la fecha de terminación del contrato".
Es evidente que nos encontramos de frente ante una modificación unilateral e ilegal introducida por parte del comité evaluador de la propuesta, de los requisitos habilitantes fijados en el pliego de condiciones consistente en incluir una nueva obligación para cumplir con las exigencias habilitantes del proceso.

¿Vale la pena preguntarnos, si es legal o no que el comité evaluador de la ESE, haya decidido cambiar los criterios habilitantes de las propuestas de una convocatoria pública, de manera posterior a que las propuestas fueron entregadas por los proponentes, con el propósito de corregir supuestas dudas en la interpretación de los pliegos de condiciones?
En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado, en los siguientes términos:
«(...)
Así las cosas, y una vez fijados los criterios de selección y sus mecanismos de ponderación ellos no sólo vinculan a los participantes, sino a la propia entidad estatal, quien viene así a autorregular, entre otros aspectos, su actividad de estudio y evaluación de las propuestas para determinar aquella que sea más favorable para los fines de la contratación que persigue en determinado proceso, lo cual excluye, de suyo, cualquier discrecionalidad en la aplicación o no de los mismos o en la asignación de los puntajes y las fórmulas o en la manera o forma que para este efecto ella misma consagró, conducta que pugna con el deber de selección objetiva
de que trata el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

(...)

De manera que, luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección". Cfr. Consejo de Estado,

Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de mayo 3 de1999, Ex 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

(...)
Vale decir, para no atentar y debilitar los principios y derechos al debido proceso administrativo y sus corolarios de defensa y contradicción (art. 29 de la C.P.), así como los de planeación, transparencia, igualdad, publicidad, responsabilidad y el deber de selección objetiva de que trata la Ley 80 de 1993 (artículos 24 No. 5 , 25 No. 1, y 2, 26 y 29), en los procesos de selección de la contratación estatal, está vedado cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en la ley del mismo, o sea en el pliego de condiciones, y una vez precluída la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos, de manera unilateral, subrepticia y oculta, que tome por sorpresa a los participantes y genere incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta.

Con ello, a la postre, se compromete la legalidad del proceso precontractual y la adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación o concurso, según el caso, siempre y cuando constituya una irregularidad que incida sustancialmente en la selección objetiva de la mejor propuesta, esto es, en la escogencia de la oferta más favorable a la entidad de conformidad con la totalidad de los criterios que rigen el proceso correspondiente y en atención a lo preceptuado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,
Sección Tercera, Sentencia de 11 de abril de 2002, Exp. 12.294. C.P. Alier Hernández Enríquez.
(...)
La Sala advierte que este tipo de actuaciones resultan extrañas a los principios de la contratación estatal que han quedado expuestos, en tanto los participantes no pueden conocer o entender a ciencia cierta cómo a algunas propuestas se les asigna tal o cual puntaje y a otras se les rebaja o no el mismo, es decir, invita a la inseguridad jurídica. Aquí, y de acuerdo con lo arriba expuesto, es importante puntualizar sobre la obligación que tiene la Administración de respetar los criterios establecidos en los pliegos de condiciones. Esta Sala ha dicho que el pliego de condiciones establece las reglas de juego para la participación de los interesados y para la evaluación de sus ofrecimientos, constituyéndose en norma fundamental que rige el proceso de selección y del contrato que surja con ocasión del mismo. No
puede, entonces, la Administración so pretexto de vacíos o deficiencias en el Pliego de Condiciones cambiar los criterios o fórmulas para evaluar contenidos en los mismos, después de presentadas las ofertas e inventarse reglas a posteriori, por cuanto, el pliego de condiciones como es sabido es ley del proceso de selección, y, si bien éste puede ser interpretado por la Administración, no puede ser modificado o adicionado al momento de

evaluar, como ocurrió en el presente caso, en el que comité calificador aplicó una fórmula de asignación de puntaje que éste no establecía.
(...)»
Luego de surtida la etapa que permitía a la ESE realizar modificaciones al pliego de condiciones, se ingresó en una etapa que se ha denominado como "inalterabilidad o intangibilidad de los pliegos de condiciones", la cual constituye la garantía del debido proceso contractual en el proceso que nos ocupa.
La ESE como entidad pública contratante, no puede realizar cambios a los criterios habilitantes de las propuestas de la convocatoria pública 006 de 2023, después de presentada la única propuestas y más exactamente en la verificación de requisitos habilitantes, bajo ningún pretexto, ya que de esta manera, está atentando en contra del derecho al debido proceso administrativo de los proponentes, así como con los principios del Estatuto de Contratación Pública.
El Comité evaluador de la ESE, con su decisión, está desconociendo el concepto de intangibilidad del pliego de condiciones de una convocatoria pública, que ampara los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva del contratista, e impide que las reglas de un proceso licitatorio se modifiquen al arbitrio de la entidad contratante.
De este modo, la atribución de modificar los pliegos de condiciones, que se encuentra reconocida en la Ley, la jurisprudencia y la doctrina, encuentra límites de índole tanto sustancial como temporal.

En relación con la modificación al Pliego de Condiciones durante la etapa precontractual se impone una regla estricta. Por consiguiente, las modificaciones no pueden referirse a los elementos esenciales del proceso de selección, pues ellos debieron ser revisados, analizados y considerados frente a las observaciones de los particulares, antes de la resolución que ordena la apertura del proceso, y especialmente en la etapa de la publicación del proyecto de pliegos de condiciones. Esta situación demuestra, que se violaría las reglas del proceso de selección, pues se iniciaría un proceso, con unas normas definidas, y luego se culminaría con unas reglas distintas de las que fueron conocidas por los particulares, sobre las cuales deben elaborar sus propuestas, tal como ocurrió en el presente caso.

RESPUESTA OBSERVACIÓN 1 Y 2:

La entidad acoge la observación teniendo en cuenta que le asiste razón al observante y en aplicación a la facultad que tiene la entidad de interpretación y hermenéutica para llenar lagunas o vacíos que se presenten el pliego, se realizara la respectiva evaluación con los SMMLV que acredite el oferente en el RUP del año 2021.

OLGA NATALIE MANRIQUE
Subgerente Administrativa y Financiera.

NELSON JOHANN ULLOA CALVO
Subgerente de Servicios de Salud.

MONICA MARIA LONDOÑO FORERO
Asesora de Desarrollo de Servicios.

ELKYN HERNANDO RAMIREZ ALVAREZ
Coordinador Área Financiera

SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO
Asesora Jurídico.